Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

---

DISSERTATION

zur Erlangung des rechtswissenschaftlichen Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

Vorgelegt
von

HELMUT TÖTEBERG
aus Hannover

Göttingen 1955

Meinen Eltern

Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung

---

DISSERTATION

zur Erlangung des rechtswissenschaftlichen Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

Vorgelegt
von

HELMUT TÖTEBERG
aus Hannover

Göttingen 1955

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Berichterstatter: Herr Professor Dr. *Wolfgang Siebert*
Mitberichterstatter: Herr Professor Dr. *Wilhelm Ebel*
Tag der mündlichen Prüfung: 12. Februar 1955

(D 7)

Inhaltsübersicht

Seite

Literaturverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XII

EINLEITUNG

Seite

I. Die Problemstellung im allgemeienn

§ 1 1. Die Interessenlage 1
§ 2 2. Der Interessenkonflikt 1
§ 3 3. Der Rechtskonflikt 2

II. Die Problemstellung im besonderen:

Der Ausgleich zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht

§ 4 1. Ein allgemein-gesellschaftsrechtliches Problem 3
§ 5 2. Begriff und Wesen der Mitgliedschaft 9
§ 6 3. Erbrechtliche und gesellschaftsrechtliche Folgen der Vererblichkeit der Mitgliedschaft 20

ERSTER TEIL

Die gesetzliche Regelung der Erbfolge

1. Abschnitt: Die Vererbung von Geschäftsanteil und Mitgliedschaft

§ 7 I. Der Geschäftsanteil als Gegenstand des Erbrechts 23
§ 8 II. Die Mitgliedschaft als Gegenstand des Erbrechts 27

2. Abschnitt: Die Rechtsstellung des Erben als Mitglied

1. Kapitel: Der Eintritt des Erben in die Mitgliedschaft

I. Der Alleinerbe als Gesellschafter

§ 9 1. Erbantritt 36
§ 10 2. Legitimation und Anmeldung 37

II. Die Erbengemeinschaft als Gesellschafter

§ 11 1. Gesamtmitgliedschaft und Mitgliedgemeinschaft 39
§ 12 2. Anteil an der Mitgliedschaft 43
§ 13 3. Teilung der Mitgliedschaft 44

2. Kapitel: Die mitgliedschaftlichen Pflichten

I. Die Haftung für die Geldeinlage
1. Beim Alleinerben
§ 14 a) Allgemeines ... 45
§ 15 b) Nachlaßverbindlichkeit ... 46
§ 16 c) Eigenverbindlichkeit ... 46
§ 17 d) Nachlaßerbenschuld ... 47
§ 18 2. Bei Erbengemeinschaft ... 53
§ 19 II. Die Haftung für Sacheinlagen usw ... 54
§ 20 III. Haftung aus besonderen Anlässen ... 55
IV. Haftung für Nachschüsse
§ 21 1. Beim Alleinerben ... 56
§ 22 2. Bei Erbengemeinschaft ... 58
V. Haftung für Neben- und Sonderleistungen
§ 23 1. Beim Alleinerben ... 59
§ 24 2. Bei Erbengemeinschaft ... 67

3. Kapitel: Die mitgliedschaftlichen Rechte

§ 25 I. Die Rechtsstellung des Alleinerben ... 70
II. Die Rechtsstellung der Erbengemeinschaft
§ 26 1. Allgemeines ... 72
§ 27 2. Benutzungsrechte ... 73
§ 28 3. Stimmrecht ... 74
§ 29 4. Sonstige Rechtsausübung ... 76
§ 30 5. Erbengemeinschaft innerhalb einer Mitgliedsgemeinschaft ... 78

ZWEITER TEIL

Die Regelung der Erbfolge durch Gesellschaftsvertrag

§ 31 I. Allgemeine Bedeutung ... 79
II. Die Unvererblichkeit und der Ausschluß der Vererbung des Geschäftsanteils
§ 32 1. Allgemeines ... 80
2. Die Unvererblichkeit des Geschäftsanteils
§ 33 a) Auflösende Bedingung ... 82
§ 34 b) Die Einziehung des Geschäftsanteils ... 83

3. Der Ausschluß der Vererbung des Geschäftsanteils
§ 35 a) Begründung fremder Rechte 87
§ 36 b) Rückwirkende Anmeldung 88
§ 37 c) Vertrag zugunsten Dritter 89
§ 38 d) Verfügung zugunsten Dritter 91
§ 39 e) Ergebnis 95

III. Die Unvererblichkeit und der Ausschluß der Vererbung der Mitgliedschaft
§ 40 1. Das Verhältnis von Geschäftsanteil und Mitgliedschaft . 96
2. Die Unvererblichkeit der Mitgliedschaft
§ 41 a) Auflösung der GmbH bei Tod eines Gesellschafters . 98
§ 42 b) Fortsetzung der Gesellschaft unter Ausschluß der Erben 99
3. Der Ausschluß der Vererbung der Mitgliedschaft
§ 43 a) Übergang auf einen von mehreren Miterben 104
§ 44 b) Bestimmung eines Dritten als Nachfolger 107
§ 45 c) Der Erbe als Dritter 108
§ 46 d) Eintrittsrecht des Erben oder eines Dritten und Aufnahmevertrag 109
§ 47 e) Genehmigung der Erbfolge 111
§ 48 4. Ergebnis 113

DRITTER TEIL

Besondere erb- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungen

§ 49 I. Die Eigenständigkeit von Gesellschaftsrecht und Erbrecht . 115
§ 50 II. Letztwillige Verfügung und Gesellschaftsvertrag 116
III. Der Inhalt letztwilliger Verfügungen
§ 51 1. Erbeinsetzung unter Auflage 117
§ 52 2. Auseinandersetzungs- und Teilungsanordnungen 118
§ 53 3. Vermächtnis 121
§ 54 4. Vor- und Nacherbschaft 123
§ 55 5. Testamentsvollstreckung 124
§ 56 IV. Sonstige erbrechtliche Wirkungen 128

V. Besondere Rechtsformen der GmbH
(Vorgründungsgesellschaft, Vor-GmbH, Einmann-Gesellschaft, Doppelgesellschaft, GmbH & Co)

§ 57 1. Allgemeines 129
§ 58 2. Im einzelnen 131
§ 59 3. Ergebnis 137

§ 60 SCHLUSSBETRACHTUNG 139

erschienen bis 1. 10. 1955.

(Weitere Literaturhinweise sind in den Anmerkungen zum Text enthalten)

Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949.

Bannenberg, Betriebswirtschaftliche Probleme der Erbfolge in gewerblichen Unternehmungen unter besonderer Berücksichtigung der Erbschaftssteuer, Köln. Diss. 1949.

Baumbach, Gesetz betr die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 4. Aufl, München und Berlin 1944; 5. Aufl, 1951, u 6. Aufl, 1953, besorgt von Hueck (zitiert: Baumbach-Hueck).

Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl, München u Berlin 1955.

Becker, RdGmbH 1937, 215 ff, 248 ff: Tod des Gesellschafters der GmbH.

— ders, RdGmbH 1937, 290 ff: Tod des Geschäftsführers der GmbH.

— ders, RdGmbH 1941, 243 ff (Sonderausgabe des RdW): Einziehung zwecks Ausschluß der Vererbung von Geschäftsanteilen.

Becker-Schmidt, Die GmbH von der Gründung bis zur Auflösung, Köln 1936.

Bing, RdGmbH 1937, 58 ff: Der Tod des Gesellschafters.

Birkenbihl, Gesetz betr die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Berlin 1893.

Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung, Halle 1927.

— ders, RG-Prax III, 216 ff: Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben.

— ders, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Tübingen 1952.

Brodmann, Gesetz betr die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 2. Aufl, Berlin u Leipzig 1930.

Buchholz, Jh Jb 74, 260 ff: Die Nebenleistungspflichten bei der GmbH.

Bühler, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 2. Aufl, Berlin u Frankfurt/M 1953.

Burger, Die Nachfolge in den Geschäftsanteil bei der GmbH, Heidelberger Diss. 1910.

Capelle, BB 1954, 1076 ff: Schutz von Familiengesellschaften gegen Überfremdung.

Cohn, Der Ausschluß der Vererblichkeit bei den Geschäftsanteilen, Greifswalder Diss. 1919.

Dietrich, DR 1943, 1201 ff: Die materiellrechtliche Bedeutung der Rechtsnachfolge bei Kommanditistenwechsel.

Dilthey, Unentgeltliche Einziehung von GmbH-Anteilen, Bonner rechtswiss Abhandlungen Heft 38, Bonn 1937.

Donner, DR 1943, 1205 ff: Mehrheit von Erben eines Kommanditisten im Falle des § 177 HGB.

— ders, DNotZ 1944, 143 ff: Der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Kaufmanns, des offenen Handelsgesellschafters und des Kommanditisten.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, Kommentar, §§ 105 ff erl von Flechtheim; Allg Einleitung erl von Geiler, 3. Aufl 1932.

Eckelt, NJW 1954, 1905 ff: Vermögensanteil und Kapitalanteil.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Bd Erbrecht, 8./9. Aufl, Berlin 1919.

Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Bearb, Tübingen 1954.

Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Aufl, Tübingen 1952/55; 13. Bearb, Marburg 1931.

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Münster 1952 (zitiert mit dem betr Teilbearbeiter).
Esser, Das Reichsgesetz betr die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 2. Aufl, Berlin 1898.
Fabian, Gesellschaftsverträge und letztwillige Verfügung der einzelnen Gesellschafter; Heidelberger Diss. 1934.
Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Ehrenbergs Handbuch, 3. Bd, 3. Abt, Leipzig 1929.
C. *Fischer,* Die GmbH, eine gesellschaftsrechtliche und wirtschaftshistorische Studie, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1948.
Robert Fischer, RdGmbH 1953, 131 ff: Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz.
— ders, JZ 1954, 426 ff: Fragen aus dem Recht der GmbH.
Rudolf Fischer, Die Personenvereinigungen, Ehrenbergs Handbuch, 3. Bd, 1. Abt, Leipzig 1916.
Förtsch, Das Gesetz betr die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Leipzig 1892.
Fränkel, Die GmbH, eine volkswirtschaftliche Studie, Tübingen 1915.
Friedlaender, Konzernrecht, 2. Aufl, Berlin u Frankfurt/M 1954.
Gadow-Heinichen, Aktiengesetz, Kommentar, Berlin 1939.
Gareis, Das Reichsgesetz betr die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1893.
Gellis, österrNotZ 1933, 173 ff: Die Vererblichkeit des Geschäftsanteils an der GmbH.
Geiler, Gruchot 1927 (68) 593 ff: Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht.
J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 7. Aufl, Berlin 1955.
O. *v. Gierke,* DPR I: Deutsches Privatrecht, 1. Bd, Leipzig 1895.
— ders, Die Genossenschaftstheorie und die Rechtssprechung, Berlin 1887.
Gottschling, RdGmbH 1953, 20 ff: Schutz der GmbH vor Überfremdung.
Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 3. Aufl, Zürich 1944.
Hachenburg, Gesetz betr die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 5. Aufl, Leipzig und Berlin 1926; 6. Aufl, §§ 1—19, bearb von W. Schilling, Berlin 1953 (zitiert: Hachenburg-Schilling).
Haff, RG-Prax, II, 178 ff: Die juristischen Personen des bürgerlichen und des Handelsrechts in ihrer Umbildung.
Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl, Tübingen 1952.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
Hueck, ZHR 83, 1 ff: Die Übertragung von Geschäftsanteilen.
— ders, OHG: Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl, Berlin 1951.
— ders, DNotZ 1952, 550 ff: Gesellschaftsvertrag und Erbrecht.
— ders, Betrieb 1953, 776 ff: Ausschluß eines Gesellschafters aus einer GmbH.
Jonen, Die Vereinbarung der Fortsetzung der OHG mit den Erben eines offenen Handelsgesellschafters, Berlin 1921.
Kipp, Das Erbrecht, 7. Bearb, Marburg 1928; 9. Bearb von Coing, Tübingen 1953 (zitiert: Kipp-Coing).
Klausing, Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände, Berlin/Wien 1928.
— ders, Neuordnung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1. Arbeitsbericht der Akademie für deutsches Recht zur „Reform" der GmbH, Frankfurt/M 1938.

Knur, Die Familiengesellschaft, Berlin 1941.
Krückmann, Jh Jb 74, 69 ff: Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen.
H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, Berlin 1949.
Liebisch, ZHR 116 (1954), 128 ff: Über die Rechtsstellung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters.
Michaelis, RdW 1944, 192 ff: Erbenstellung und Gesellschafterstellung in der Personalgesellschaft.
— ders, ZAkDR 1943, 233 f: Zur Rechtsstellung der Gesellschafter-Erben.
Milewski, Der Erwerb eines Gesellschaftsanteils auf Grund Gesellschaftsvertrages zugunsten Dritter, Kölner Diss. 1950.
Model, Handbuch zum Testaments- und Erbschaftssteuerrecht, Köln 1953.
Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft, Weimar 1948.
Neukamp, ZHR 57, 1 ff, 479 ff: Die Geschäftsanteile bei der GmbH.
Neukirch, Zuwendungen für die Zeit nach dem Tod in Gesellschaftsverträgen, Kölner Diss. 1939.
Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl, München/Berlin 1955 (zitiert mit dem betr Teilbearbeiter).
Parisius-Crüger-Crecelius, Gesetz betr die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, 6. Aufl, Leipzig 1922.
Paulick, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenvermischung, Tübingen 1954.
Riesenfeld, Das Problem des gemischten Rechtsverhältnisses im Körperschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen Heft 19, Berlin 1932.
S. Riesenfeld, Die Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1916.
Saenger, RG-Prax III, 17 ff: Beschränkungen hinsichtlich Veräußerung und Vererbung von Geschäftsanteilen einer GmbH.
W. Schiller, Das Stimmenrecht bei der GmbH, Tübingen Diss. 1913.
Schilling, JZ 1953, 489 ff: Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechts.
Schlicht, NJW 1954, 984 f: Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklausel (§ 139 HGB)?
Scholz, Großkommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Aufl, Köln 1951.
— ders, CR 1948, 48 ff: Der Tod des Gesellschafters.
— ders, CR 1948, 58 ff: Der Tod des Geschäftsführers.
— ders, Ausschließung und Austritt aus der GmbH, 3. Aufl, Köln 1950.
— ders, JR 1955, 331 f: Die Vererbung des GmbH-Anteils.
Siebern, Über die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages einer GmbH, daß ein Geschäftsanteil nach dem Tode eines Gesellschafters einem Dritten zufallen soll, Greifswalder Diss. 1916.
Siebert, DRW 1936, 204 ff: BGB-System und völkische Ordnung.
— ders, NWB 1951 Nr 19 Fach 18, S 47 ff: Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft.
— ders, Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der offenen Handelsgesellschaft (Vortrag), Schriftreihe der Jur Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 13, Karlsruhe 1954.
— ders, NWB 1953 Lieferung 7 Fach 18, S 59 ff: Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Kommanditgesellschaft.
— ders, NJW 1955, 809 ff: Die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer oHG.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl, Stuttgart u Köln 1952 ff, (zitiert mit dem betr Teilbearbeiter).
Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl; Erbrecht, 11. Aufl, 1954 (zitiert mit dem betr Teilbearbeiter).
Triebner, Die Vinkulierung von Aktien und Geschäftsanteilen der GmbH, Leipziger Diss. 1929.
Vins, ZHR 86 (1923) 325 ff: Kann im Gründungsvertrag einer GmbH unter Zustimmung aller Gesellschafter rechtswirksam vereinbart werden, daß der Gesellschaftsvertrag eines Gesellschafters mit dessen Tode nicht seinen Erben, sondern Dritten zustehen soll?
Vogel, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Berlin u Frankfurt/M 1950.
Weiler, DNotZ 1952, 283 ff: Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Erben hinsichtlich einer personalgesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers.
Weipert, RGR-Kommentar zum Handelsgesetzbuch, §§ 105 ff, 2. Aufl, Berlin 1950.
Wieland, Handelsrecht, Bd I u II, München u Leipzig 1921.
Heinz Wolf, NJW 1954, 1549 ff: Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen „offenen" Gesellschafters.
Würdinger, Gesellschaften I. Teil: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937; II. Teil: Recht der Kapitalgesellschaften, Hamburg 1943.
Zitelmann, Jh Jb 73, 185 ff: Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen.

Abkürzungen

§§ — Angaben ohne Gesetzesbezeichnung verweisen auf die Bestimmungen des GmbHG;
§§ — Angaben mit Zusätzen wie s o, s u verweisen auf die Einteilung der Arbeit.
Zeitschriften sind entweder nach Erscheinungsjahr oder Jahrgängen u Seite bzw Spalte zitiert.
Gesetzesangaben verstehen sich nach dem Anfang 1955 geltenden Stand (vgl. Schönfelder, Deutsche Gesetze, Stand 1. April 1955).

a A; a M	= andere Ansicht; andere Meinung.
abl; abw	= ablehnend; abweichend.
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis.
a E	= am Ende.
AG	= (je nach Zusammenhang): Aktiengesellschaft oder Amtsgericht.
AkDR	= Akademie für Deutsches Recht.
AktG	= Aktiengesetz vom 30. 1. 1937 (RGBl I 107).
AO	= Abgabenordnung für das Deutsche Reich.
Art	= Artikel.
BAG	= Bundesarbeitsgericht.
BankA	= Bankarchiv.
BAnz	= Bundesanzeiger.
BayObLG	= Bayrisches Oberstes Landesgericht.
BB	= Der Betriebsberater.
Betrieb	= Der Betrieb.
BewG	= Bewertungsgesetz vom 16. 10. 1934 (RGBl I 1035)
BFH	= Bundesfinanzhof.

BFinMin	= Bundesfinanzministerium.
bG	= bürgerlich-rechtliche Gesellschaft.
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 (RGBl 195).
BGBl	= Bundesgesetzblatt.
BGH; BGHSt; BGHZ	= Bundesgerichtshof; Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen bzw Zivilsachen (Band, Seite).
BStBl	= Bundessteuerblatt.
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht.
CR	= Centrale – Rundschreiben (Centrale für GmbH, Dr Otto Schmidt, Köln).
DGWR	= Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht.
Diss	= Dissertation.
DJ	= Deutsche Justiz.
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung.
DM-BilG	= DM-Bilanz-Gesetz vom 21. 8. 1949.
DNotZ	= Deutsche Notar-Zeitschrift.
DR	= Deutsches Recht.
DRspr	= Deutsche Rechtsprechung.
DRW	= Deutsche Rechtswissenschaft.
DStZ	= Deutsche Steuerzeitung.
E I	= Entwurf eines Gesetzes betr die Gesellschaften mit beschr Haftung nebst Begründung und Anlagen, amtl Ausgabe, Berlin 1891 (Entwurf des Reichsjustizamts).
E II	= Der vom Bundesrat dem Reichstag vorgelegte Entwurf eines Gesetzes betr die Gesellschaften mit beschr. Haftung nebst Begründung und Anlagen, Berlin 1892.
eG, eGen	= eingetragene Genossenschaft.
EG	= Einführungsgesetz.
ErbStG	= Erbschaftssteuergesetz in der Bekanntmachung vom 30. 6. 1951 (BGBl I 759).
Erl	Erlaß.
eV	= eingetragener Verein.
FinRd	= Finanzrundschau.
GenG	= Gesetz betr die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. 5. 1889 (RGBl 55).
GG	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949 (BGBl 1).
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
GmbHG	= Gesetz betr die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. 4. 1892 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. 5. 1898 (RGBl 846).
RdGmbH	= Rundschau für GmbH (Rechtsspiegel der Wirtschaft).
GmbH-Rspr	= GmbH-Rechtsprechung, Band I—IV, Köln, 1919 ff.
Gruchot	= Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts begründet von Gruchot.
h A, h M	= Herrschende Ansicht, Meinung.
HansRGZ	= Hanseatische Rechts- u Gerichtszeitung.
HEZ	= Höchstrichterliche Entscheidungen in Zivilsachen.
HGB	= Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 (RGBl 219).
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung.

i e	= im einzelnen.
Jh Jb	= Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JR	= Juristische Rundschau.
JW	= Juristische Wochenschrift.
JZ	= Juristenzeitung.
KartVO	= Kartellverordnung 1923.
KG	= (je nach dem Zusammenhang) Kommanditgesellschaft oder Kammergericht.
KGaA	= Kommanditgesellschaft auf Aktien.
KGJ	= Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.
KO	= Konkursordnung.
Komm	= Kommentar.
KunstUrh	= Reichsgesetz betr das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste u der Photographie.
LG	= Landgericht.
LitUrhG	= Reichsgesetz betr das Urheberrecht an Werken der Literatur u Tonkunst.
LZ	= Leipziger Zeitschrift.
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht.
MinBlFin	= Ministerialblatt Finanzen.
MRVO	= Militärregierungsverordnung.
NdsRpfl	= Niedersächsische Rechtspflege.
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift.
nrfV	= Nichtrechtsfähiger Verein.
NWB	= Neue Wirtschafts-Briefe für Steuer- u Wirtschaftsrecht.
OFH	= Oberster Finanzgerichtshof (vereinigtes Wirtschaftsgebiet).
OGHZ	= Oberster Gerichtshof für die britische Zone in Zivilsachen, Entscheidungssammlung (Band, Seite).
OHG	= Offene Handelsgesellschaft.
ÖJZ	= Österreichische Juristenzeitung.
OLG, OLGR	= Oberlandesgericht, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band, Seite).
OR	= Schweizerisches Obligationenrecht.
österrNotZ	= Österreichische Notariatszeitung.
PatG	= Patentgesetz.
RdA	= Recht der Arbeit.
RdL	= Recht der Landwirtschaft.
RdW	= Rechtsspiegel der Wirtschaft.
Recht	= Das Recht (Zeitschrift).
RGBl	= Reichsgesetzblatt.
RG-Prax	= Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd I—VI, Berlin/Leipzig 1929.
RGR-Komm	= Kommentar der Reichsgerichtsräte.
RGSt	= Reichsgericht in Strafsachen, Entscheidungssammlung (Band, Seite).
RGZ	= Reichsgericht in Zivilsachen, Entscheidungssammlung (Band, Seite).

RJA	= Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zusammengestellt vom Reichs-Justizamt.
RStBl	= Rechtssteuerblatt.
s a	= siehe auch.
SächsA	= Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
SchlHA	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffBl	= Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern).
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung.
s o, s u	= siehe oben, siehe unten.
Soergel Rspr	= Soergels Rechtsprechung (Jahrbuch des Zivil-, Handels- u Prozeßrechts).
stG	= Stille Gesellschaft.
StW, StuW	= Steuer und Wirtschaft.
TestG	= Testamentsgesetz 1938.
VerglO	= Vergleichsordnung.
VO	= Verordnung.
VVaG	= Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit.
Warn	= Die Rechtsprechung des RG auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Warneyer.
ZAK	= Bauers Zeitschrift für Aktiengesellschaften u GmbH, Leipzig.
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
ZBH	= Zentralblatt für Handelsrecht.
ZHR	= Zeitschrift für Handels- und Konkursrecht.
ZPO	= Zivilprozeßordnung in der Bekanntmachung vom 12. 9. 1950 (BGBl I 533).

EINLEITUNG

I. Die Problemstellung im Allgemeinen

1. Die Interessenlage § 1

Die vorliegende Arbeit soll sich mit Fragen befassen, die bei der GmbH anläßlich des Todes eines Gesellschafters und der Vererbung seiner mitgliedschaftlichen Stellung als Gesellschafter auftauchen können. Während die Erbfolge sonst im allgemeinen ein Vorgang ist, der sich zwischen dem Erblasser und dem Erben abspielt, wird bei der Erbfolge in eine Gesellschafterstellung auch ein Dritter, nämlich die Gesellschaft, unmittelbar mitbetroffen, da der Erbe nun ihr Mitglied wird. Die Interessenlage kann man hier von drei verschiedenen Seiten beurteilen:

a) Die Gesellschaft kann ein Interesse an einer bestimmten Nachfolgeregelung haben, weil sie z B eine Zersplitterung der Beteiligung verhindern will oder an Stelle des Verstorbenen gar keinen Nachfolger oder nur einen solchen mit annähernd denselben persönlichen und sachlichen Eigenschaften wünscht. Ob dieser Nachfolger Alleinerbe, Miterbe oder überhaupt nicht Erbe des Verstorbenen ist, wird der Gesellschaft oft gleichgültig sein.

b) Dem Gesellschafter als Erblasser wird es demgegenüber nicht gleichgültig sein, wer seine Gesellschafterstellung erben soll bzw wer den in seiner Beteiligung an der Gesellschaft steckenden Vermögenswert, aber auch die mit der Mitgliedschaft verbundenen persönlichen Machtbefugnisse in der Gesellschaft erhält.

c) Der Erbe schließlich kann unter Umständen an dem Erwerb der Gesellschafterstellung gar nicht interessiert sein, da diese ihm vielleicht lästige persönliche Bindungen und sogar vermögensrechtliche Gefahren zumutet.

2. Der Interessenkonflikt § 2

Auf Grund der vorstehend geschilderten Interessenlage lassen sich zwei grundsätzlich verschiedene Interessenstandpunkte unterscheiden:

a) der gemeinschaftsbezogene der Gesellschaft,

b) der eigennützige des einzelnen Gesellschafters und seines(r) Erben.

Beide Interessensphären können miteinander konkurrieren, wenn die verschiedenen Interessen nicht miteinander in Einklang zu bringen sind[1]. Es erhebt sich dann die Frage, welches Interesse rechtlich den Vorrang verdient. Im Falle der Vererbung einer Gesellschafterstellung sind beide Interessensphären rechtlich geschützt: diejenige der Gesellschaft durch ihre gesetzlich geregelte Rechtsform und die durch Gesellschaftsvertrag bzw Satzung[2] selbst gestaltete innere Ordnung, die man als Gesellschafts-

[1] Auf den Interessengegensatz weist insbes Wolf NJW 1954, 1549 hin.

[2] Die Begriffe Gesellschaftsvertrag und Satzung sind hier und im weiteren Zusammenhang synonym.

recht bezeichnet; diejenige des Individuums durch das Erbrecht, das sowohl das Recht auf Vererbung von Rechtsgütern als auch das Recht auf Erwerb der Erbschaft garantiert (Art. 14 I GG) und im einzelnen regelt.

3. Der Rechtskonflikt

a) Gesellschaftsrecht und Erbrecht können sich also bei der Vererbung einer Gesellschafterposition überschneiden[1]. Dies gilt nicht nur für die GmbH, sondern mehr oder minder auch für andere Gesellschaftsformen. Eine Lösung der sich ergebenden Rechtsprobleme[2] kann nur durch eine klare Abgrenzung der Bereiche von Gesellschaftsrecht und Erbrecht gefunden werden[3]. Die Frage ist aber: wo und wie ist diese Grenze zu ziehen? Diese Frage ist nicht einfach zu beantworten. Ihre Bedeutung und Tragweite einmal aufzuzeigen, erscheint daher notwendig und im Rahmen einer Einleitung angebracht, da nur eine richtige Erkenntnis der grundsätzlichen Fragestellung den Ausgangspunkt für eine den verschiedenen Problemen gerecht werdende Lösung bilden kann.

b) Dabei sei darauf hingewiesen, daß die grundsätzliche Fragestellung nach dem Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Erbrecht ganz allgemein auch als ein Problem des Ausgleichs zwischen Sozial- und Individualrecht bezeichnet werden kann, denen jene beiden Rechtsgebiete zugehören. Das Gesellschaftsrecht ist Sozialrecht[4], da es der Gemeinschaft der sich zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes zusammengeschlossenen Personen dient[5]. Das Erbrecht ist dagegen Individualrecht, weil

[1] Weiler 283; Wolf 1549; Hueck DNotZ 1952, 550; Siebert 5; Schneider BB 1954, 1004; JvGierke Festschr 94; Zitelmann 186, s u §§ 6 I, 8.

[2] JvGierke aaO unterscheidet eine Problematik in dogmatischer, rechtspolitischer u geschichtl Hinsicht, inbes weist er in letzterer Bez auf d Gegensatz zw deutschem u römischem Recht hin. Nur nach dem ersteren ist eine Fortsetzg der Gesellsch mit den Erben u eine sich daraus ergebende Kollision zw Gesellschrecht u Erbrecht möglich.

[3] Siebert u Hueck aaO.

[4] JvGierke § 29; Staudinger-Geiler vor § 705 Anm 1, 2, 19. — Der Begriff „Sozialrecht" ist nach heutigem Sprachgebrauch mehrdeutig, jedoch ist er nicht auf das öffentl Recht beschränkt, s a Anm 6.

[5] Eine Gesellschaft oder sonstige Personenvereinigung zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes nennt man daher auch „Zweckgemeinschaft". Von dieser wird die „Interessengemeinschaft" unterschieden, die meist zufällig entsteht, z B die Erbengemeinschaft, Gläubigergemeinschaften im Insolvenzrecht u vor allem die „schlichte" Rechtsgemeinschaft nach §§ 741 ff BGB als gemeinsame dingl Mitberechtigung mehrerer Personen an Sachen od Rechten, vgl Müller-Erzbach 30 ff; Würdinger I 11, 13 ff, 23 ff; LG Kassel 8. 10. 53 MDR 1954, 38; BFH 13. 7. 55 BB 1955, 857; s a H. Lehmann 2; dogmat Würdinger, Theor d schlichten Rechtsgem,1934. — Von den Begriffen Zweckgem u Intrgem im hier verstandenen Sinne sind z unterscheiden die Bezeichngen „Zweckgem" u „Intrgem" für Formen der Unternehmenskonzentration,

es nur Einzelpersonen außerhalb einer Gemeinschaft betrifft[6]. Der Versuch einer Lösung der sich aus dem Ineinandergreifen von Gesellschaftsrecht und Erbrecht ergebenden Probleme stellt in rechtssoziologischer Beziehung damit zugleich auch einen Beitrag zur Lösung des Konflikts zwischen Individuum und Gemeinschaft auf diesem Spezialgebiet dar[7]. Die vielleicht aufzuwerfende Frage, ob sich überhaupt allgemeingültige Regeln über den rechtlichen Ausgleich zwischen Individuum und Gemeinschaft finden lassen, muß hier jedoch offen bleiben, da sie als rein rechtsphilosophisches oder rechtssoziologisches Anliegen im Rahmen der Behandlung praktische Probleme kaum lösbar erscheint[8]. Auf anderen Rechtsgebieten können die Interessen ganz anders gelagert sein als auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts[9]. Wenn im Zusammenhang mit dieser Arbeit in Zukunft von „Sozial- x

II. Die Problemstellung im besonderen: Der Ausgleich zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht

1. Ein „allgemein-gesellschaftsrechtliches" Problem § 4

Wenn hier Gesellschaftsrecht und Erbrecht in Bezug auf die Vererbung einer Gesellschafterstellung in einer GmbH gegenübergestellt werden und recht" gesprochen wird, dann ist damit immer das Gesellschaftsrecht gemeint. x

vgl dazu Friedlaender 114 ff, 123 ff; im Sinne wie hier jedoch Friedlaender 41. — Die Fülle der Gemeinschaftsformen läßt sich jedfalls nicht in irgdein Schema pressen. Es gibt eine Reihe von Gemeinschaftsformen im Rechtsleben, auf die die Charakterisierung Zweckgem od Intrgem nicht zutrifft, so die Ehe- u Familiengem, die „Betriebsgem" im Arbeitsrecht usw. Neuerdings will man sogar von einer „Verkehrsgem" aller Teilnehmer des öff Straßenverkehrs sprechen, vgl Heyen NJW 1955, 328.

[6] Das Individualrecht regelt die Rechtsstellung einer Person i Bez auf andere einzelne Personen, auf Sachen u Rechte. Über Sozial- u Individualrecht OvGierke DPR I 26, Genossenschaftstheor 10, 165, 174 f; Staudinger-Riezler Einl §§ 21 ff Anm 13; Riesenfeld 10; Klausing 109. Der Interessenausgleich innerhalb einer Interessengem (s Voranm) gehört nicht dem Sozialrecht an, da es sich hier allein um individualrechtl Beziehungen handelt. Es ist daher Klausing 150 nicht zuzustimmen, wenn er alle diese Arten von Rechtsgemeinschaften unter dem Oberbegriff „Verbände" zusammenfassen will, da wesensmäßige Unterschiede dabei verkannt werden.

[7] Eine Kollision des Gesellschaftsrechts ist auch mit anderen individualrechtl Rechtsgebieten mögl, z B mit dem Schuldrecht, näml wenn sich innerhalb des Gesellschaftsverh Anlaß zu schuldrechtl Leistungen der Gesellschafter bietet, vgl Würdinger I 10 ff; Riesenfeld 7, 53 ff; s u § 23 I.

[8] In rechtssoziologischer Beziehung ist i Bez auf das Problem „Individuum u Gemeinschaft" auf d Gebiet d Gesellschaftsrechts insbes auf die Arbeit von Bohn, Die soziologische Natur des Verbandsbeschlusses, Festschr Haff, Innsbruck 1950, 232 ff u die dortigen Literaturangaben zu verweisen.

[9] Das Verh von Individualismus u Kollektivismus spielt bes im Arbeitsrecht eine wichtige Rolle, vgl Nikisch RdA 1953, 81; Siebert BB 1953, 241, Festschr Nipperdey 1955, 199; Hoeniger BB 1955, 37; auch im Kartellrecht (Individual- u Kollektivverträge). Über Einzel- u Allgemeininteresse im Firmenrecht Wellmann DNotZ 1954, 141.

die Abgrenzung der Geltungsbereiche beider Rechtsgebiete versucht werden soll, dann kann die Verwendung des Begriffs „Gesellschaftsrecht" als zu allgemein erscheinen, da auch das Recht anderer Gesellschaften darunter zu verstehen ist. Die Verhältnisse bei der GmbH können jedoch nicht isoliert betrachtet werden. Dies ergibt sich sowohl aus der Natur der Sache als auch aus dem Wesen der GmbH.

I. Auch bei anderen Vereinigungsformen kann sich eine ähnliche Interessenlage ergeben, wie sie oben in § 1 geschildert worden ist[1]. Dies gibt zu Vergleichen Anlaß, und es entsteht die Frage, welche Regelungen und Gestaltungsmöglichkeiten bei anderen Gesellschaften bestehen und inwieweit sie auf die GmbH übertragbar sind[2]. Praktische Erwägungen führen also zu einer allgemeineren „gesellschaftlichen" Betrachtungsweise. Bei dieser schwächen sich die rechtsdogmatischen Unterschiede zwischen den einzelnen Vereinigungsformen ab, insbesondere tritt auch der grundsätzliche Unterschied zwischen den „eigentlichen" Gesellschaften[3] und den Vereinen[4] in seiner Bedeutung zurück. Sie entspricht damit nicht nur besser der Auffassung des Lebens[5], sondern auch der modernen rechtswissenschaftlichen Anschauung, die von einem einheitlichen Gesellschaftsbegriff ausgeht und alle Rechtsformen von Personenvereinigungen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks auf dem Gebiet des Privatrechts unter dem Begriff der

[1] Dies gilt besonders für die OHG. Rechtsspr u Schrifttum sind hier sehr umfangreich, s Hueck OHG § 28; Siebert 27 ff, NWB 47 ff; Liebisch ZHR 116, 128 ff, mit ausf Nachw; vgl ferner Hueck DNotZ 1952, 551 ff; Patschke, Probleme in Bezug auf das Weiterbestehen der OHG mit den Erben eines Gesellschafters, ZHR 113, 1; Barella, Die besonderen Rechtsverhältnisse mit den Erben eines off Handelsgfters, BB 1953, 140 u neuerdings Siebert, Die Nachfolge von Todes wegen i d Mitgliedsch des Gfters einer OHG, NJW 1955, 809 ff; Buchwald, Gesellschaftsanteil u Erbrecht, AcP 154 (1955), 22 ff u JR 1955, 173 ff, insbes kritisch zu Siebert. — Zur Problematik bei der KG Siebert NWB 59 ff.

[2] Vergleiche dieser Art stellen vor allem die Arbeiten von Knur, Neukirch, Fabian u Milewski an; s a Hueck DNotZ 1952, 550 ff.

[3] Gemeint sind hier die Vereinigungsformen ohne eigene Rechtspersönlichkeit, die auf einem Gesellschaftsvertrag nach §§ 705 ff BGB aufbauen u bei denen die Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften. Dazu gehören: bG, OHG, KG, Partenreederei (sog Gesellschaften im engeren Sinne), vgl J v Gierke § 28.

[4] Diese haben einen korporativen, d h über bloße gegenseitige Vertragsbeziehungen hinausgehenden organisatorischen inneren Aufbau; sofern sie eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, also juristische Personen sind, haftet den Gläubigern nur das Vereinsvermögen. Über die Unterschiede zwischen Vereinen und Gesellschaften im engeren Sinne i e die Komm zu § 21 BGB, insbes Staudinger-Riezler, Vorbem Anm 7 zu §§ 21 ff; Soergel-Siebert Vorbem I 1 d, 2 zu §§ 21 ff; Geiler LZ 1911, 505. Staudinger-Geiler vor §§ 705 ff Anm 17 ff; Enneccerus-Nipperdey § 103.

[5] Viele eV führen z B die Bezeichnung „Gesellschaft" in ihrem Vereinsnamen.

„Gesellschaften im weiteren Sinne" zusammenfaßt und das Recht dieser Vereinigungen als „Gesellschaftsrecht" bezeichnet[6]. Es gelingt dabei, trotz verschiedenartiger Ausgestaltung der einzelnen Gesellschaftsformen, typische, bei allen Gesellschaften gemeinsam auftretende Merkmale herauszuarbeiten und dadurch zu einem umfassenderen und einheitlichen Verständnis des Gesellschaftsrechts zu gelangen[7]. Die gemeinsamen Prinzipien und Institutionen bezeichnet man als „Allgemeines Gesellschaftsrecht"[8], dem als „Besonderer Teil" die Sonderregelungen bei den einzelnen Gesellschaftsformen gegenübergestellt werden.

Dies muß zwangsläufig dazu führen, der einzelnen gesellschaftsrechtlichen Institution in ihrer jeweiligen Erscheinungsform größere Bedeutung beizumessen als einer rechtssystematischen Einteilung der Gesellschaften nach Rechtsformen, die auf Grund äußerlicher Unterscheidungsmerkmale erfolgt[9], zu keinen praktischen Ergebnissen verhilft und sogar Vergleichsmöglichkeiten ausschließt. Letzten Endes befriedigt auch keine dieser rechtssystematischen Einteilungen, denn keine wird der Vielgestaltigkeit des gesellschaftlichen Rechtslebens gerecht[10]. Viele Gesellschaftsformen lassen sich in keinem Schema richtig unterbringen, da sie mehrere Organisationselemente in sich vereinigen oder Übergangsformen darstellen. Dies gilt z B

[6] J v Gierke § 28; ZHR 111, 193; H. Lehmann 1 ff; Haupt-Reinhardt 2 f; Würdinger I 7; Wieland I 387 ff in Bezug auf die Handelsgesellschaften uam. Auch das Gesetz geht von dem weiteren Gesellschaftsbegriff aus, vgl z B §§ 1 AktG, 1 GenG.

[7] Wieland I 389. — Aus der praktischen Anwendung bes instruktiv BGHSt 6, 186 [191] bezügl der Zuerkennung des strafrechtl Ehrenschutzes f Kapital- u Personalgesellsch, s dazu Bruns NJW 1955, 689 ff.

[8] H. Lehmann 6; Klausing 8, 21; Enneccerus-Nipperdey § 103 II Anm 3 u weit Nachw. Gemeinsame Prinzipien sind z B die gesellschaftl Treupflicht, der Grundsatz d Gleichbehandlg der Gesellschafter, das genossenschaftl Ordnungsprinzip, vgl J v Gierke § 29 u H. Lehmann 45 ff, wo Leitgedanken d Gesellschaftsrechts zusammengestellt sind, sow Staudinger-Lehmann § 730 Anm 1, 2 i Bez auf die gemeinschaft Grundsätze f d Auseinandersetzung (Liquidation); s i übr u Anm 13, § 5 Anm 4, 5. Von d gemeins Institutionen sind zu nennen: der Gesellschaftsvertrag bzw d Satzung als sozialrechtl Einigung (J v Gierke aaO) od körperschaftl Schöpfungsakt (Siebert DRW 1936, 228 ff) u Grundlage d inn Ordnung d Verbandes, das Stimmrecht als Mittel d Willensäußerung d Mitgl sowie insbes die Mitgliedschaft selbst, s u II.

[9] Haupt-Reinhardt 2 f.

[10] Vgl Geiler Gruch 599; Haupt-Reinhardt 14, 18 und die dort gegebene Übersicht; H. Lehmann 15; Würdinger I 18 ff. Herkömmlich unterscheidet man am besten zwischen Personalgesellschaften, bei denen die Persönlichkeit der Gesellschaft im Vordergrund steht u die auf einem Gesellschaftsvertrag nach §§ 705 ff BGB aufbauen (s o Anm 3) und Kapitalgesellschaften, bei denen die Persönlichkeit der Gesellschafter hinter ihrer Kapitalbeteiligung zurücktritt u die körperschaftl organisiert sind (s o Anm 4).

für die OHG[11], die KGaA, den nichtrechtsfähigen Verein (§ 54 BGB)[12]. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß sich das Gesellschaftsverhältnis dem jeweils verfolgten Zweck entsprechend durch Gesellschaftsvertrag bzw Satzung im Wege der Privatautonomie[13] ausgestalten läßt, so daß im Rechtsleben infolge dieser weitgehenden Organisationsfreiheit[14] eine sog Grundtypenvermischung in Erscheinung tritt, die die Unterscheidungsmerkmale zwischen den einzelnen Organisationsformen nicht immer scharf hervortreten läßt[15].

Dieser tatsächlich bestehenden Situation versucht eine „soziologische" Betrachtungsweise des Gesellschaftsrechts gerecht zu werden, indem sie der Unterscheidung nach Rechtsformen lediglich sekundäre Bedeutung beimisst und unter Zugrundelegung eines einheitlichen Gesellschaftsbegriffs in den

---

[11] Sie ist ihrem Wesen nach einer juristischen Person ähnlich, RGZ 30, 33 [34]; 56, 430 [432]; 102, 301 [302]; 118, 295 [298]; 136, 266 [270]; BGH 17. 12. 53 BB 1954, 242. Aus diesem Grunde hat man gestritten, ob sie rechtssystematisch eine ggüber der Persönlichkt d Gesellschafter verschiedene u ihnen ggüber rechtl selbständige jur Person oder eine Personalges sei, bzw ob die Gesellschafter nach § 128 HGB für eine fremde oder eine eigene Schuld persönlich hafteten, Rospatt ZBH 1932, 241; Schönfeld, Zur Konstruktion der OHG, Jh Jb 75, 333; Hueck OHG 20; vgl auch Siegwart, Die Stellungnahme d schweiz Gerichte z Problem der jur Perskt d Kollektiv-Ges, Festschr Wieland, Basel 1934, 355 ff.

[12] Obwohl dieser bis auf die Rechtsfähigkeit (vgl aber § 50 ZPO) körperschaftl Charakter hat, finden auf ihnen die Vorschriften über die Gesellschaft (§§ 705 ff BGB) Anwendung. Vom rechtsdogmatischen Standpunkt aus scheint dies seiner Stellung als „Verein" zu widersprechen, vgl Soergel-Siebert § 54 Anm 1 u Vorbem I 1 d zu §§ 21 ff; vgl auch Schultze v Lasaulx, Die Stellung des nichtrechtsfähigen Vereins im Handelsrecht, Festschr Alfred Schultze, 1934, 1 ff.

[13] Auch die Privatautonomie ist ein allgemein-gesellschaftl Begriff (s o Anm 8), vgl dazu H. Lehmann 22 ff, Liebisch 131 ff.

[14] Ihr entspricht auf dem Gebiet des Schuldrechts die Vertragsfreiheit.

[15] Stoll RG-Prax II, 73 ff; über Grundtypenvermischung im allg Schönle, Grundtypenvermischung im neuen Recht, 1935; Zielinski, Grundtypenvermischung und Handelsgesellschaftsrecht, 1925; s a H. Lehmann 14; neuerdings vor allem Paulick, Die eG als Beisp gesetzl Typenvermischung, Tübingen 1954, 55 ff. — Bes Erscheinungsformen einer solchen Grundtypenvermischung sind d „personenbezogene" AG (Paulick 63 ff), die „kapitalistische" KG (vgl dazu insbes das so betitelte Werk von Boesebeck, Frankf 1938; Paulick aaO 61 ff; Würdinger I 157 ff) u die „kapitalistische" OHG (Wieland I 478; Paulick 58 ff): durch Zulassung der freien Veräußerung der Gesellschaftsanteile s u § 5 Anm 17), Ausgabe von Anteilscheinen, Bestellung eines Aufsichtsrats kann eine weitgehende Annäherung an die Kapitalges erreicht werden, vgl Dür-Hach-Flechtheim Vorbem zur OHG u KG; Hueck OHG 255 ff, der sogar in solchen Fällen Recht der AG od GmbH auf die OHG anwenden will (aaO 22). Eine weit Angleichg an die Verhältnisse der Kapitalges kann durch gesellschaftsvertragl Einführung fester Kapitalanteile erreicht werden, s dazu Buchwald BB 1953, 142.

einzelnen Assoziationsformen nur eine verschiedene Gestaltungsmöglichkeit nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten sieht[16].

II. Derartige Gedankengänge werden insbesondere durch die Betrachtung des Wesens der GmbH unterstützt. Sie ist geradezu ein Musterbeispiel für die Grundtypenvermischung im Gesellschaftsrecht[17]. Zwar ist die GmbH, wie heute allgemein anerkannt wird, ihrer Rechtsform nach Kapitalgesellschaft und juristische Person[18], stellt aber in ihrer rechtspolitischen, vom Gesetzgeber gewollten Zielsetzung sowie in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung eine Übergangsform zwischen dem reinen Typ einer Kapitalgesellschaft, wie ihn die AG verkörpert, und den Personalgesellschaften dar[19]. Vor allem läßt sich durch die Möglichkeit einer freien Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages (§§ 45 I, 60 II) sowie durch Begründung von Sonderverpflichtungen der Gesellschafter nach § 3 II eine Annäherung an die OHG oder eine

[16] Schilling JZ 1953, 492; insbes Geiler Gruch 593 ff sowie Mod Rechtswandlungen auf d Gebiet d Privatrechts, Festg Heymann, 1931; Bohn, Die soziologische Natur d Verbandsbeschlusses, Festschr Haff, Innsbruck 1950, 232 ff; Haff 183 ff, der neben dem Moment der Zweckeinheit (s o § 3 Anm 5) die wirtschaftl Einheit des Unternehmens als verbindendes Element der Gesellschaften ansieht; ähnlich Siebert DRW 1936, 225 ff, 234; C. E. Fischer, Das Unternehmen als Einheit, NJW 1954, 1177; Wieland I 387 ff, 396 ff, 478 unter Betonung des gemeinsamen Charakters der Handelsgesellschaften; Eckelt 1909 unter dem Gesichtspunkt des Kapitalbegriffs; s a Hueck OHG 22; Ballerstedt 187; Feine 165; Friedlaender 41; ferner die oben in Anm 6 u 8 Genannten. Auch das Steuerrecht hat der wirtschaftsrechtl Betrachtungsweise mit der Einführung des Begriff der „personenbezogenen Kapitalgesellschaft" durch § 5 der früheren 2. DVO zur Dividendenabgabe VO v 5. 5. 1942 (RGBl I 261; wieder aufgehoben durch G v 15. 12. 1942, BGBl I 804) Rechnung getragen. — Gegen eine einheitliche Betrachtung des Gesellschaftsrechts Buchwald BB 1953, 457 allerdings mehr unter dem Gesichtspunkt der verschiedenen Besteuerung. — Paulick 69 f sieht die Durchbrechung der bisherigen gesellschaftsrechtlichen Systematik als eine Folge einer zu weitgehenden inhaltl Gestaltungsfreiheit an, die durch das genossenschaftl Ordnungsprinzip ihre Grenze finde, s dazu aaO 70 ff.

[17] Vgl Anm 15.

[18] Scholz § 13 Anm 1—3 m weit Nachw, früher allerdings bestr, Scholz aaO. — Das Beispiel der OHG (s o Anm 11 u 15), der man juristische Persönlichkeit beilegen wollte, und das der GmbH, der man dieselbe abstreiten wollte, zeigt wie fließend die Übergänge sind. §§ 124 I HGB u 13 I lauten fast gleich. Ein tiefgreifender Unterschied zwischen Gesamthands(= Personal-)gesellschaft und jur Person ist nicht zu erkennen. Es handelt sich nur um verschiedene Stufen der Rechtsfähigkeit und Haftungsformen (Wieland I 387 ff, 486 f; Siebert DRW 1936, 225 ff, 254 ff, DJZ 1935, 713). Nach Soergel-Siebert § 54 Anm 1 ist innerhalb der privatrechtl Assoziationsformen der entscheidende Wesensunterschied nicht zw Gesellschaft im engeren Sinne (s o Anm 3,4) und jur Person, sondern zwischen „Gesellschaft" und „Körperschaft" zu suchen. Aber auch hier sind die Übergänge fließend, wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben werden.

[19] Vgl dazu insbes die Entstehungsgeschichte der GmbH, E I, 35; E II, 29; s ferner aus dem zahlr Schrifttum Esser, Die GmbH, eine gesetzgeb Studie, 1886; Feine 8 ff, 35 ff, 162 ff; Scholz Einl II; C. Fischer 2 ff; Fränkel 6 ff; Wieland II 264 ff,

andere Vereinigungsform erreichen und deren Zweck verfolgen[20], soweit nicht ausdrücklich durch gesetzliche Regelung die Verwendung der Rechtsform der GmbH für einen bestimmten Zweck ausgeschlossen ist (z B als Hypothekenbanken nach § 2 HypBankG). Diese Eigenart macht die GmbH nicht nur zu einer im Rechts- und Wirtschaftsleben sehr beliebten Gesellschaftsform, sondern auch zu einem gesellschaftsrechtlich besonders interessanten Gebilde[21]. Dies muß sich auch für die im Rahmen dieser Arbeit zu behandelnden Fragen auswirken, da die jeweilige Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses nach dem verfolgten Zweck auch eine entsprechende Erbfolgeregelung im Gesellschaftsvertrag nach sich ziehen wird.

I 393; Geiler 605, insbes die Komm zum GmbHG. — Der ursprüngl personalistisch gedachte Entwurf eines GmbHG von Oechelhäuser ist abgedruckt bei Wieland II Anhang. — Auch in der Rechtspr ist die Zwischenstellung der GmbH immer erkannt und hervorgehoben worden, s RGZ 80, 385 [387]; 81, 325 [329]; 82, 116 [123] u 167 [169]; 121, 294 [299]; 124, 264 [271]; 140, 303 [306] sowie BGHZ 9, 157 [169].

[20] Vgl dazu J v Gierke § 50 III 2; II 1c; Würdinger II 235 ff, Scholz § 3 Anm 16, § 15 Anm 1; Hachenburg-Schilling § 3 Anm 48; Baumbach § 3 Anm 8; Wieland II 288; Buchholz 260; Feine 16 ff, 119 ff; Paulick 65 ff u a. Insbes ist es bei der GmbH möglich, die Gesellschafter persönlich zu Mitträgern des Gesellschaftszwecks, d h bei Gesellschaften mit gewerbl Zwecken zu Mitunternehmern zu machen, s RFH 27. 11. 41, StW 1942 Nr 51 = RStBl 1942, 93; Bühler 131 ff; Ballerstedt 38, 185. In solchen Fällen stellt sich die rechtl bedeutsame Frage, ob u welche Rechtssätze einer anderen Gesellschaftsform auf die GmbH angewendet werden können (Wieland II 289 f) u welche strukturellen Unterschiede dabei zu beachten sind. Eine GmbH zur Verfolgung ideeller Zwecke wird sich mehr nach den Vorschriften des eV richten, eine im Innenverhältnis als OHG ausgestaltete Gesellschaft die Anwendung der für diese gegebenen Rechtsvorschriften und Gestaltungsmöglichkeiten verlangen. Das Verh der GmbH zur OHG ist praktisch bes wichtig, da sich aus statistischen Erhebungen ergibt, daß die meisten GmbH mit Erwerbszwecken in ihrem inneren Aufbau den Personenhandelsges angeglichen sind (Angaben vor allem bei C. Fischer 19 f; s ferner Klausing Neuordnung 14). In neuerer Zeit spielt insbes die Frage eine Rolle, ob § 140 HGB bei Ausschluß eines Gesellschafters aus d GmbH entspr anwendbar ist, s u § 23 Anm 26. — Zur Frage d Anwendbarkt von OHG-Recht auf d GmbH s Wieland I 416 u Anm 53 daselbst, ferner Rob. Fischer, Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbHG, RdGmbH 1953, 131; Hommer, Die Anwendung des Rechts der OHG auf die GmbH, Köln Diss 1923/27; Seligmann, Prinzipielle Unterschiede in der Stellung der Mitglieder einer OHG und einer GmbH, Heidelb Diss 1906 (beide Diss ergeben allerdings für heute aktuelle Fragen wenig); jedoch stark einschränkend RGZ 101, 55 [61] = JW 1921, 462 mit zust Anm v Pinner. — Über Vergleiche der GmbH mit anderen Gesellschaftsformen s a Becker, Die GmbH im Verh zur OHG und AG, RdGmbH 1930, 798 u 1927, 298; Hachenburg aaO Anm 26 u Dür-Hach-Fl Vorbem II, Friedlaender 45, üb Verh z KG; Hachenburg aaO Anm 27 üb Verh z bergrechtl Gewerkschaft; Hachenburg aaO Anm 10 ff üb Verh z AG, s dazu u § 7 Anm 10.

[21] Fränkel 252 nennt die GmbH treffend einen „Proteus wirtschaftl Verbände"; nach J v Gierke § 50 I 2 habe die GmbH etwas „Kautschukartiges" an sich.

III. Da sich der Gedanke einer einheitlichen Betrachtung des Gesellschaftsrechts als fruchtbar und aus dem Wesen der GmbH heraus sogar gewissermaßen als notwendig erweist, sollen auch in vorliegender Arbeit die bei der erbrechtlichen Nachfolge in die Rechtsstellung eines GmbH-Gesellschafters entstehenden Probleme im Sinne einer „allgemein-gesellschaftsrechtlichen" Anschauungsweise behandelt werden. Denn im Grunde genommen ist die Problematik des Ineinandergreifens von Gesellschaftsrecht und Erbrecht bei allen Gesellschaftsformen die gleiche, wenn auch im einzelnen die Auswirkungen verschieden sein mögen.

Dies bedingt allerdings eine mitunter etwas ins Allgemeinere gehende Darstellung. Sollte sich jedoch am Beispiel der GmbH erweisen, daß gewisse, sich aus dem Ausgleich von Gesellschaftsrecht und Erbrecht ergebende Grundsätze allgemein-gesellschaftsrechtliche Bedeutung haben, dann wäre dies zugleich auch eine praktische Bestätigung für die Richtigkeit dieser Betrachtungsweise.

2. Das Wesen der Mitgliedschaft

§ 5

Gesellschaftsrecht und Erbrecht können nur dann kollidieren, wenn die Mitgliedschaft vererblich ist[1]. Als „Mitgliedschaft" bezeichnet man im Sprachgebrauch des Lebens die persönliche Zugehörigkeit zu einer Vereinigung. Für die Frage der Vererbung der Mitgliedschaft ist jedoch eine genauere Kenntnis des rechtlichen Charakters der Mitgliedschaft erforderlich. Darauf soll im folgenden näher eingegangen werden.

I. Nach heutiger allgemeiner Auffassung in der Rechtswissenschaft ist die Mitgliedschaft kein einzelnes Recht, sondern ein personenrechtliches Rechtsverhältnis, das eine Anzahl einzelner Rechte und Pflichten des Mitglieds im Rahmen der betreffenden Verbandsform umfaßt[2]. Dies gilt für jede Gesellschaftsform[3]. Daß das Rechtsverhältnis personenrechtlicher Art

[1] Die Mitgliedschaft ist kraft Gesetzes nicht vererbl beim eV (§ 38 BGB), bei der bG (§ 727 I BGB), bei der OHG (§ 131 Zf 4 HGB) u bei der eG (§ 77 GenG), doch kann außer bei der letzteren die Satzung bzw der Gesellschvertr die Vererblichkt der Mitgliedschaft einführen. — Kraft Gesetzes vererbl ist die Mitgliedschaft des Kommanditisten (§ 177 HGB), bei der Partenreederei (§ 505 II HGB), bei der GmbH (§ 15 I) bei der AG, bei der bergrechtl Gew; näheres s u § 8.

[2] Aus d Schrifttum: O v Gierke DPR I 489 ff; v Tuhr Allg Teil I 125 ff, 542, Leipzig 1910; Soergel-Siebert § 38 Anm 1; Hachenburg-Schilling § 14 Anm 16 m ausf Nachw; Enneccerus-Nipperdey § 112 III; Riesenfeld 10 ff; Siebert DRW 1936, 258; Müller-Erzbach 22 ff; Staudinger-Geiler § 705 Anm 54 ff, 52.

[3] Würdinger II 248; Baumbach Ueb vor § 13 Anm 1, Ueb vor § 1 Anm 1 B. Entspr dem weiteren Gesellschaftsbegriff (s o § 4 Anm 6) wird heute fast allgemein die Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft ganz gleich in welcher Form als „Mitgliedschaft" bezeichnet, vgl z B Staudinger-Geiler § 705 Anm 54; Würdinger I 53 ff, II 248; Hueck OHG 255, 258; DNotZ 1952, 550 ff; Siebert 5 ff; Krückmann Jh Jb 74, 70

ist, soll bedeuten, daß es sich allein auf die Beziehungen zwischen Mitglied und Gesellschaft bzw Gesamtheit der Gesellschafter erstreckt, d h daß die Ausübung der mitgliedschaftlichen Rechte grundsätzlich nur persönlich erfolgen kann und die mitgliedschaftlichen Pflichten an die Person in ihrer Eigenschaft als Mitglied geknüpft sind.

Allgemeiner Inhalt der Mitgliedschaft und Ausdruck ihres personenrechtlichen Gehalts ist die Treupflicht des Gesellschafters[4], der das Recht des Gesellschafters auf gleichmäßige Behandlung entspricht[5]. Im einzelnen unterscheidet man:

1. Rechte und Pflichten organisatorischer bzw verwaltungsmäßiger Art, die dem Mitglied im Rahmen des Gesellschaftszweckes einen Anteil an der Willensbildung oder Leitung der Gesellschaft durch Stimmrecht, Geschäftsführung oder Vertretungsmacht einräumen, aber auch das Mitglied durch

u a. Es gibt also auch bei einer Personalgesellschaft eine „Mitgliedschaft" u „mitgliedschaftl Rechte u Pflichten". Eine mehr auf dem Boden einer rechtsdogmatischen Unterscheidung zwischen Gesellschaften im engeren Sinne und Körperschaften stehende Auffassung will den Begriff der Mitgliedschaft nur für die Zugehörigkeit zu einer Körperschaft verwenden und nennt die Zugehörigkeit zu einer Personalgesellschaft „Teilhaberschaft", so insbes Müller-Erzbach 23. Eine solche terminologische Unterscheidung ist aber nicht gerechtfertigt. Auch bei Personalgesellschaften besteht unabhängig von der Rechtsfähigkeit nach Außen eine Verselbständigung der Gemeinschaft nach Innen. Die Gesellschaft tritt in der Gesamtheit der Gesellschafter dem einzelnen Mitglied geschlossen gegenüber, vgl Riesenfeld 10 m weit Nachw. Mitgliedschaft ist daher bei Personalgesellschaften nicht nur Vertragsbeziehung, wie Würdinger I 66 meint, sondern zumindest ein körperschaftsähnliches, sozialrechtliches Verhältnis, vgl J v Gierke § 29, 1. Die Unterschiede liegen nur in einer verschieden starken Bindung der Mitglieder, Siebert DRW 1936, 259.

[4] Diese besteht nach heute wohl h M bei allen Gesellschaftsformen, auch bei der AG, vgl Würdinger II 13, I 38; J v Gierke § 44 III u III 2; ZHR 111, 190 ff; Soergel-Siebert § 38 Anm 1; Siebert DJZ 1935, 713 ff, Schilling JZ 1953, 492; Kühlewein NJW 1954, 621; RGZ 146, 71 [76] u 385 [395] = JW 1935, 1550 m Anm v Siebert 1553 f; a A Hueck, Der Treugedanke im modernen Privatrecht, München 1947; vgl i übr Fechner, Die Treubindungen des Aktionärs, Weimar 1942; Klausing, Treupfl des Aktionärs? Festschr Schlegelberger 1936, 405 ff. — Bei der GmbH ist wegen der engeren Bindung der Gesellschafter eine Treupfl unbedingt zu bejahen u auch fast allg anerkannt, vgl Baumbach Ueb vor § 13 Anm 2 B; H. Lehmann 254; Masur NJW 1949, 407; Buchwald BB 1953, 459 Anm 42; Scholz RdGmbH 1949, 71; Ausschließung 22; Becker-Schmidt 160; aus d Rechtspr RGZ 164, 257 [262]; 169, 330 = DR 1942, 1700; BGHZ 9, 157 [163]; BGH 9. 6. 54 BB 1954, 612; gegen Treupfl eigentl nur v Winterfeld NJW 1947/48, 86.

[5] Hachenburg-Schilling § 14 Anm 23 ff; Staudinger-Geiler § 705 Anm 53; Weipert § 109 Anm 3; Würdinger II 13; Soergel-Siebert § 38 Anm 1; vgl insbes Raiser, Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111, 75, 87 ff; s a Meyerowitz, Das Recht der Aktionäre auf gleichmäßige Behandlung, Berlin 1932 (Gesellschaftsrechtl Abh Heft 18). Nach BGH 24. 3. 54 Betrieb 1954, 344 = BB 1954, 360 begrenzt der Gleichheitsgrundsatz die Organisationsgewalt d Vereins.

Kontroll-, Widerspruchs- oder Antragsrechte oder durch die Möglichkeit der Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen Gelegenheit geben, in die Gesellschaftsbelange einzugreifen und mitzuwirken[6].

2. Rechte und Pflichten vermögensrechtlicher Art. Sie räumen dem Mitglied einerseits Befugnisse ein, die Gesellschafts- bzw Vereinseinrichtungen zu benutzen oder sonstige Vergünstigungen zu genießen, geben ihm vielleicht auch vermögensrechtliche Ansprüche gegen das Gesellschaftsvermögen[7], erlegen ihm andererseits aber auch zur Erreichung des Gesellschaftszwecks vermögensrechtliche Leistungen in Form von Beiträgen auf[8].

Besondere Bedeutung haben die vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten bei Gesellschaften mit wirtschaftlichem Zweck, d h bei solchen, die dem Gewinnerwerb dienen. Hier ist ein Gesellschaftsvermögen vorhanden, an welchem die Mitglieder beteiligt sind. Dies findet rechtlich seinen Ausdruck darin, das jeder Gesellschafter einen Anteil am Gesellschaftsvermögen, einen „Gesellschaftsanteil", kraft seiner persönlichen Zugehörigkeit zur Gesellschaft erhält[9]. Die Verknüpfung von Gesellschaftsanteil und Mitgliedschaft ist hierbei so beschaffen, daß beides voneinander nicht zu

[6] Würdinger I 53, II 248; J v Gierke § 33 II 1c; Scholz § 14 Anm 7; Soergel-Siebert § 38 Anm 2a, b spricht von „Mit verwaltungsrechten u -pflichten"; erstere nennt man auch „Organschaftsrechte", Enn-Nipperdey § 112 III; Riesenfeld 19 f; RGZ 68, 210 [211]. Es handelt sich hier um den Anteil des Mitglieds an der Vereinsmacht, Müller-Erzbach 36 ff. Bei Hachenburg-Schilling § 14 Anm 17 heißen sie „Herrschaftsrechte".

[7] Hier spricht man von „Wertrechten", aber auch von „Gläubiger-" oder „Drittrechten", Soergel-Siebert § 38 Anm 2a; Hachenburg-Schilling § 14 Anm 17, 22; s u Anm 12.

[8] Ein Gegenseitigkeits- oder Entgeltlichkeitsverh besteht nach h M zwischen den Rechten und Pflichten nicht, Soergel-Siebert § 38 Anm 1; Staudinger-Geiler § 705 Anm 52 u vor §§ 705 ff Anm 30; a A O v Gierke DPR III 830: jede Leistung wird durch Beteiligung an der Gemeinschaft vergolten, s u Anm 42.

[9] Man spricht insofern auch von einer „kapitalistischen" Beteiligung des Gesellschafters. Doch ist der „Gesellschaftsanteil" in seiner Bedeutung vom Begriff des „Kapitalanteils" zu unterscheiden, der nur eine (bei Personalgesellschaften veränderliche) Größe, einen Rechnungsfaktor od Maßstab für die gesellschaftl Beteiligung darstellt, RGZ 117, 242; RG DR 1941, 1086; RGZ 170, 98 [106]; OLG Hamburg 25. 3. 55 BB 1955, 364 = MDR 1955, 423; Staudinger-Geiler vor § 705 Anm 55 f; Hueck OHG 146; Würdinger I 115 ff, 154; s u Anm 31. Über die Begriffe „Vermögen" u „Kapital", „Vermögensanteil" u „Kapitalanteil" eingehend Eckelt NJW 1954, 1905 ff. Nach ihm gehört der Begriff „Gesellschaftsvermögen" dem bürgerl Recht, der des „Kapitals" dem Wirtschaftsrecht (Bilanzrecht) an, aaO 1908. Dabei weicht Eckelt aber von der bisher gebräuchl Verwendung des Begriffs „Kapitalanteil" im Gesellschaftsrecht ab, indem er mit diesem Begriff mehr den tatsächl Wert der Beteiligung ausweisbar durch die Bilanz zu erfassen sucht u ihm als „Kapitalwert" eine selbständige rechtl Bedeutung als verfügbares Vermögensrecht gibt. Diese wichtige Frage wird unten noch näher behandelt werden.

trennen ist: ohne Mitgliedschaft also keinen Anteil und ohne Anteil keine Mitgliedschaft. Damit gewinnt die vermögensrechtliche Beteiligung neben dem unter 1. erwähnten verwaltungsmäßigen Anteil an der „Vereinsmacht" ebenfalls personenrechtliche Bedeutung[10]. Es macht dabei insoweit keinen Unterschied, ob der Anteil am Vermögen einer juristischen Person oder an einer Gesamthandelsgesellschaft besteht[11]. In jedem Falle ist der Anteil personenrechtlich, d h mitgliedschaftlich gebunden und gewährt dem Mitglied auch wirtschaftlich gleichartige Rechte[12] und verpflichtet es zu wirtschaftlichen Leistungen[13].

[10] RGZ 57, 414/15; Würdinger I 61; Hueck OHG 139; Liebisch 135. Über die Bedeutung der Mitgliedsch als Anteilverhältnis s a Müller-Erzbach 90 ff; vgl ferner O v Gierke DPR I 492 ff.

[11] Es ist vor allem kein d i n g l Anteilsrecht vorhanden wie bei einer schlichten Rechtsgemeinschaft (s o § 3 Anm 5), so auch Staudinger-Geiler vor § 705 Anm 47. Rechtl ist zwar die jur Person Eigentümerin des Gesellschaftsvermögens, während bei der Gesamthand die Gesellschafter zusammen Eigentümer sind, also in ihrer Gesamtheit in dingl Beziehung zum Gesellschaftsvermögen stehen, u zw derart, daß jeder einzelne von ihnen auf das Ganze, beschränkt durch die Berechtigung der übrigen Teilhaber berechtigt ist (RGZ 65, 227 [235]). Letzteres bildet den rechtsdogmat Anknüpfungspunkt für die persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten nach dem Grundsatz, daß der Inhaber eines Vermögens auch persönl haften soll. Tatsächlich bewirkt jedoch die gesamthänderische Bindung die Trennung des Gesamthandsvermögens vom Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters. Jenes erhält die Stellung eines Sondervermögens (Haupt-Reinhardt 14; Hueck OHG 144, BB 1955, 435), an dem „Anteile" des einzelnen Gfters im dingl Sinne nicht vorhanden sind. Da aber doch eine irgendwie geartete „Beteiligung" der Gesellschafter daran besteht, hat man nach einer Konstruktion des „Anteilrechts" gesucht u schließl erkannt, daß nur „Anteile kraft Personenrechts" existieren, vgl i e Buchda, Geschichte u Kritik der deutschen Gesamthandslehre, Marburg 1936, 193 ff; Schönmann, To Samene, Eine Studie über die Gesamthand, Greifswalder Diss 1916, 30 ff; 56 ff; 63 ff; RGZ aaO 232; vgl auch die in Anm 10 Genannten, ferner Düringer-Hachenburg-Geiler Allg Einl Anm 25; Feine 265; RGZ 98, 289 [291].

[12] Es sind Nutzungsrechte hauptsächlich in Form eines Gewinn(Dividenden)-bezugsrechts und eines Anspruchs auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens bei Auflösung der Gesellschaft oder beim Ausscheiden aus ihr, aber u U auch in Form eines Veräußerungsrechts. Der Gesellschafter tritt der Gesellschaft hier rein individualrechtl wie ein Gläubiger od Eigentümer ggüber, Soergel-Siebert § 38 Anm 2a; Hachenburg-Schilling § 14 Anm 22; Riesenfeld 20. Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß diese Nutzungsrechte ihren Ursprung im Mitgliedschaftsverhältnis haben, sie unterstehen daher einem gewissen Einfluß des Sozialrechts (Feine 673: „soziale Gläubigerrechte" insbes Anm 29 u 30; Hueck OHG 159 f), auch wenn sie von der Mitgliedschaft ablösbar sind (vgl § 717 S 2 BGB). Als Gegenstand des Individualrechts unterliegen diese Rechte einschließlich der Veräußerungsbefugnis für die Mitgliedschaft im ganzen aber auch dessen Bestimmungen.

[13] Hierfür gehören Vermögenseinlagen, Beiträge, Nachschüsse aber auch die Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten, sei es in unbeschränkter oder beschränkter Höhe, denn diese Haftung besteht kraft Mitgliedschaft.

II. Unter dem Gesichtspunkt der vermögensrechtlichen Beteiligung, die bei manchen Gesellschaften durchaus im Vordergrund des rechtlichen Interesses des Mitglieds an der Gesellschaft steht, wird die Mitgliedschaft daher auch einfach als „Gesellschaftsanteil" oder „Geschäftsanteil" bezeichnet[14]. Bei einzelnen Gesellschaftsformen sind dafür besondere Begriffe eingeführt wie z B „Aktie"[15], „Schiffspart", „Kux" oder auch „Geschäftsanteil bei der GmbH"[16]. Derartige Begriffe bezeichnen gleichermaßen den Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen als auch die Mitgliedschaft im ganzen[17] mit allen daraus entspringenden Rechten und Pflichten organisatorischer und wirtschaftlicher Art.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß die Mitgliedschaft, auch in ihrer Bezeichnung als „Gesellschaftsanteil", immer auf die Person des Gesellschafters bezogen und daher personenrechtliche Bedeutung hat. Darüber darf

[14] Bei Personalgesellschaften, insbes bei der OHG, s RG JW 1900, 18 [28]; RG DR 1941, 1084 = HRR 1941, 387 = Warn 1941 Nr 57 S 115 = DNotZ 1941, 381; RGZ 170, 98 [112]; Palandt-Gramm § 717 Anm 1; Hueck OHG 255, 258 ferner ZHR 83, 1 ff; Würdinger I 157. — Model 458 für Kapitalgesellschaften.

[15] Der Begriff „Aktie" ist mehrdeutig. Er bezeichnet nach allg M sowohl die Mitgliedschaft als auch die der Mitgliedschaft zugrundeliegende Aktieneinlage als auch das Aktien-Wertpapier, J v Gierke § 40 II.

[16] Bei der schweiz GmbH wird der Ausdruck „Gesellschaftsanteil" verwandt, vgl Art 789 OR; bei der österreich GmbH findet sich wie im deutschen Recht der Begriff „Geschäftsanteil"; s i übr u § 7.

[17] Staudinger-Geiler vor § 705 Anm 47; aA Palandt-Gramm § 717 Anm 1, § 719 Anm 1; RGZ 92, 398 [400]: der Anteil sei nur die vermögensrechtl Seite der Mitgliedsch, also mit ihr nicht wesensgleich, also der engere Begriff. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß der Begriff „Gesellschaftsanteil" nicht mit den übertragbaren Mitgliedschaftsrechten vermögensrechtl Natur gem § 717 S 2 BGB gleichzusetzen ist (s u Anm 35). Mit deren Übertragung od Vererbung geht die Mitgliedschaft nicht auf den Erwerber über, wohl aber mit der Übertragung des Gesellschaftsanteils, heute wohl allg M, vgl Kückmann 69 ff; H. Lehmann 85; Hueck ZHR 83, 1 ff; RGZ 92, 163 [167]; BGHZ 3, 354; 13, 179 = BB 1954, 486 = NJW 1954, 1155 = DNotZ 1954, 407 JZ 1954, 503 m Anm Hueck; Staud-Geiler aaO Anm 48; Weipert § 109 Anm 7 u die Komm z §§ 717, 719 BGB; ebenso beim Geschäftsanteil einer GmbH, Scholz § 16 Anm 1 m weit Nachw (s a unt § 7 Anm 4); teilw aA Feine 259, 369 ff, 391 ff; Ruth, Eintritt u Austritt v Mitgliedern, ZHR 88, 454 ff, 496 sow hinsichtl Personalges Zitelmann 187 ff: bei Abtretg des Geschäfts- bzw Gesellschaftsanteils würde nicht zugleich auch die Mitgliedsch übertragen, sondern nur der Anteil am Gesellschaftsvermögen als Vermögensrecht. Diese Ansicht beruht wohl im Grunde genommen noch auf der romanistischen Betrachtungsweise, wonach die Übertragung einer personenrechtl Rechtsstellung wie sie die Mitgliedsch darstellt unübertragbar ist u nur das vermögensrechtl Beteiliggsverh für sich allein übertragen werden kann, s dazu RGZ 16, 40 [45]; Haff 184; Baumbach-Duden § 138 Anm 1; Enneccerus-Lehmann § 180 I 3; näheres bei Kuhn, Die Unverfügbarkeit des Gesellschaftsanteils, Göttinger Diss 1926 m Nachw, insbes 53 ff. Wie hier auch RGZ 57, 414 f. — Über die Frage der Vererblichkeit des Gesellschafttsanteils i e unt § 8.

auch nicht die Tatsache hinwegtäuschen, daß die Mitgliedschaft als „Gesellschaftsanteil" unter Umständen wie ein Vermögensrecht veräußerlich oder vererblich ist und die Persönlichkeit des Gesellschafters gegenüber der wirtschaftlichen Bedeutung der Beteiligung ganz in den Hintergrund treten kann, wie es insbesondere bei der Aktie der Fall ist[18]. Denn durch jeden Erwerb eines Gesellschaftsanteiles im Wege der Einzel- oder auch Gesamtnachfolge wird der betreffende Erwerber in Person Gesellschafter, erhält er also die Mitgliedschaft.

III. Die Mitgliedschaft tritt in vorbezeichneter Weise nur als Innenbeziehung des Mitglieds zum Verbande in Erscheinung. Darin kann sich aber die Bedeutung der Mitgliedschaft nicht erschöpfen[19], wenn man sich vergegenwärtigt, daß sie im Handels- und Geschäftsverkehr auch als ein Vermögensobjekt angesehen und behandelt wird, wie irgendeine Sache oder ein Recht. In dieser Beziehung tritt die Außenwirkung der Mitgliedschaft in Erscheinung.

1. Die Beteiligung an der Gesellschaft besitzt in den Augen des Rechtsverkehrs einen Vermögenswert oder Kapitalwert[20], der für die individualrechtlichen Beziehungen des Rechtsverkehrs von Bedeutung ist, insofern als der Beteiligungswert für den Gesellschafter ein mehr oder weniger verwertbares Vermögensobjekt[21], für seine Gläubiger in Sicherungs- oder Befriedigungsobjekt[22] und für seine Erben einen Erbschaftsgegenstand ausmacht[23]. Dieser Vermögens- oder Beteiligungswert liegt wohl in den Gläubi-

[18] Wenn auch die Aktie als „Kapitalbeteiligungsmitgliedschaft" bezeichnet (J v Gierke § 40 II 2, § 44) u aufgefaßt wird, dann darf dabei doch nicht vergessen werden, daß der Besitz einer Aktie auch die persönliche Mitgliedschaft des Aktionärs bei der AG bedeutet (s o Anm 15); aA anschnd BVerfG 20. 7. 54 (Investhilfeurteil) nach Hamann BB 1954, 783. Dagegen betont BAG 6. 4. 55 BB 1955, 448 = NJW 1955, 886 stärker die Bedeutung der Mitgliedschaft (Familien-AG); s a Hefermehl Betrieb 1954, 1037.

[19] Vgl Siebert 5.

[20] Feine 372; Liebisch 135; Hueck Betrieb 1953, 778; Siebert 8, 11, 20 f; RG DR 1941, 1086 bezeichnet die Teilhaberschaft als „reinen Geldwert".

[21] Feine 372. — Ist der Gesellschaftsanteil unveräußerlich (§§ 719 BGB; 15 V, i Bez auf letzteres s u § 21 Anm 3), dann kann der Gesellschafter wenigstens die veräußerlichen Gesellschafterrechte (§ 717 S 2 BGB) verwerten. Wirtschaftlich dient ihm der Gesellschaftsanteil als Vermögensanlage und Kreditbasis.

[22] Liebisch 136. — Die Gläubiger können den Vermögenswert des Gesellschaftsanteils durch Pfändung realisieren, der Weg dazu und die Folgen für die Gesellschaft können sich bei den einzelnen gesellschaftlichen Rechtsverhältnissen ganz verschieden gestalten, vgl §§ 725, 736, 738 BGB; 135, 141 HGB; bei der GmbH kann die Pfändung eines Geschäftsanteils zur Einziehung des Geschäftsanteils nach § 34 oder zur Auflösung der Gesellschaft nach § 60 II führen. Dies kommt insbes bei Familiengesellschaften in Frage.

[23] Siebert 8 ff.

gerrechten[24] begründet und wird durch sie realisiert, ist aber weder mit ihnen noch mit dem Begriff des Gesellschaftsanteils in seinem soeben entwickelten Sinne als Ausdruck für das Mitgliedschaftsverhältnis zu verwechseln. Denn der Erwerb und die Auswertung des Vermögenswerts überträgt noch nicht die Mitgliedschaft, wie sich im Falle der §§ 717 S 2, 725 BGB, 859 ZPO, 135 HGB zeigt[25]. Der Wert der Beteiligung richtet sich auch nicht nach dem jeweils ausgeschütteten Gewinn oder dem voraussichtlichen Liquidationserlös, sondern nach der Vermögenslage der Gesellschaft im allgemeinen — ausweisbar durch die Bilanz — sowie nach den mit der Beteiligung verbundenen Leistungspflichten im besonderen (Verkaufswert). Dieser Wert ist bei der notierten Aktie nach dem Kurswert, bei anderen Gesellschaftsanteilen nach ihrem inneren Wert zu berechnen[26].

Die Außenwirkung der Mitgliedschaft in ihrer Erscheinungsform als Vermögensrecht wird zwar allgemein erkannt, begrifflich aber nicht klar genug von dem „vermögensrechtlichen Beteiligungsverhältnis" oder dem „vermögensrechtlichen Bestandteil" der Mitgliedschaft unterschieden[27]. Ein passender Begriff zur Kennzeichnung für jene Erscheinungsform der Mitgliedschaft ist nicht vorhanden und läßt sich auch nur schwer finden. Der Begriff „Gesellschaftsanteil" bezeichnet nach der bisherigen Terminologie schon die Mitgliedschaft als solche. Der Begriff „Kapitalanteil"[28] könnte zwar den Vermögenswert der Mitgliedschaft zutreffend zum Ausdruck bringen. Er ist jedoch ein reiner Wertbegriff[29] und rechnerischer Maßstab einzelner sich aus der Mitgliedschaft ergebender Rechte und Pflichten[30] und für sich nicht über-

[24] s o Anm 12.

[25] Ebenso ist es bei der Pfändung des Gesellschaftsanteils einer GmbH, vgl Scholz § 15 Anm 82; Baumbach § 15 Anm 6; RGZ 139, 224 [227].

[26] Eine geringe Gewinnausschüttung kann auf die Bildung von Rücklagen oder die Erweiterung des Unternehmens zurückzuführen sein, andererseits gibt eine hohe Gewinnquote noch keinen sicheren Anhaltspunkt für die Blüte eines Unternehmens. Über die Bewertung von Gesellschaftsanteilen s u § 42.

[27] Feine 259, 264, 373, 392; Siebert 6. — Donner DR 1943, 1206 f lehnt die Konstruktion einer doppelten rechtl Natur der Mitgliedschaft als „juristischen Januskopf" und schwer verständlich ab. Dieses Argument schlägt aber nicht durch, da es in erster Linie darauf ankommt, Wesen und Wirkung der Mitgliedschaft für die Lösung praktischer und wissenschaftlicher Fragen herauszuarbeiten. Der geschäftlichen Praxis ist durchaus die Doppelwirkung der Mitgliedschaft sowohl nach innen als nach außen geläufig, wenn ihr dies auch nicht klar bewußt ist. Häufig wird die Außenwirkung der Mitgliedschaft auch als „Gegenwert" bezeichnet, s dazu Dietrich DR 1943, 1203.

[28] s o Anm 9.

[29] Eckelt 1908.

[30] z B für Verteilung von Gewinn u Liquidationserlös (§§ 120 ff, 155 HGB).

tragbar[31]. Die Begriffe „Kapitalanteil" und „Kapitalwert" sind nicht miteinander zu verwechseln[32].

Es ist jedoch nicht zu verkennen, daß bei der Veräußerung eines Gesellschaftsanteils oftmals gerade die wertmäßige Beteiligung Gegenstand des Geschäfts ist und weniger oder gar nicht die persönliche gesellschaftliche Beteiligung. Mit dem Begriff „Geschäftsanteil" kann jene Wertvorstellung sogar in dem Maße verbunden sein, daß sie die Mitgliedseigenschaft ganz verdrängt. Der Geschäftsanteil ist dann zu einem rein individualrechtlichen Vermögensobjekt geworden. Am stärksten kommt dies bei der Aktie zum Ausdruck, die als ausgesprochenes Wertpapier im Rechtsverkehr in Erscheinung tritt[33]. Der Begriff des Geschäftsanteils ist daher doppeldeutig[34], einmal im Sinne einer Bezeichnung der Mitgliedschaft selbst, zum andern in der Bezeichnung als individualrechtliches Vermögensobjekt, und in dieser Beziehung manchmal auch nur im Sinne einer Bezeichnung der übertragbaren Gläubigerrechte nach § 717 S 2 BGB[35], die bei einer Personalgesellschaft bei fehlender Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils (§ 719 BGB) die wirtschaftliche Verwertung der Beteiligung dann allein nur ermöglichen. Dieser Mehrdeutigkeit muß man sich bei der Verwendung des Begriffs „Gesellschafts-" bzw „Geschäftsanteil" immer bewußt sein und jeweils prüfen, in welcher Funktion er in dem betreffenden Zusammenhange gebraucht wird und zu verstehen ist. Die Erkenntnis dieser Mehrdeutigkeit ist äußerst wichtig und öffnet den Weg zum Verständnis für manche schwierige Frage des Gesellschaftsrechts, auch für die hier interessierende, das Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Erbrecht[36].

Es erscheint daher angebracht, die wertmäßige, individualrechtlich-vermögensrechtliche Außenwirkung der Mitgliedschaft als „Vermögenswert" der Mitgliedschaft zu bezeichnen und bei der Verwendung des Begriffs „Ge-

[31] Staudinger-Geiler vor § 705 Anm 57; RG DR 1941, 1084 ff; RG DR 1943, 1229 = RGZ 171, 328; s a ob Anm 9; unzutr Donner 1209; Eckelt 1909 (gegen ihn OLG Hamburg aaO).

[32] So anscheinend Eckelt aaO; Liebisch 151; Siebert 6 ff.

[33] Entsprechendes gilt für die bergrechtl Kux.

[34] Feine 372. Dies gilt also nicht nur für die Aktie (Anm 15), wenngleich bei dieser noch die Eigenschaft als Wertpapier hinzukommt.

[35] So z B Würdinger I 61; aber auch das Gesetz verwendet in den §§ 735 BGB, 859 ZPO den Anteil am Gesellschaftsvermögen in diesem Sinne. Besser ist, man vermeidet hierfür die Verwendung des Begriffs „Gesellschaftsanteil", zutr Liebisch 136.

[36] Vgl Siebert 8, der scharf unterscheidet zw der erbrechtl Nachfolge in die volle Mitgliedschaft u der Nachfolge in den bloßen Vermögenswert der Beteiligung, s a schon Siebert JW 1934, 1116 im Anschl an RG-Urt v 24. 11. 1933 aaO 976; ferner Liebisch 151: „Beteiligung" u „Kapitalanteil" können bei der Vererbung verschiedene Wege gehen.

sellschafts-" bzw „Geschäftsanteil" jeweils darauf hinzuweisen, in welcher Beziehung er zu verstehen ist. Immer muß man sich jedoch darüber im Klaren sein, wenn vom Vermögenswert oder Außenwirkung der Mitgliedschaft gesprochen wird, daß damit nicht dieselbe in ihrer eigentlichen Bedeutung als personenrechtliches Rechtsverhältnis (Innenwirkung) gemeint ist. Der Vermögenswert der Mitgliedschaft, verstanden sowohl als übertragbares Vermögensobjekt als auch in ihren übertragbaren Rechten nach § 717 S 2, und die Mitgliedschaft selbst sind keineswegs immer identisch. Wird der Gesellschaftsanteil veräußert, so wird damit zwar auch gleichzeitig die Mitgliedschaft übertragen. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen jemand den Vermögenswert der Mitgliedschaft in irgendeiner Form erhält, ohne Mitglied zu werden, nämlich wenn ihm allein deren Geldwert zugute kommt, ohne daß er aber selbst einen Anteil am Gesellschaftsvermögen hat und zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte befugt ist[37].

Der Begriff „Vermögenswert", der sich in seiner Anwendung nicht nur auf Mitgliedschaft und Gesellschaftsanteil zu beschränken braucht, ist bisher in der Zivilrechtswissenschaft noch nicht als Rechtsbegriff klar erkannt[38]. Er wird hauptsächlich im Steuerrecht, aber auch im Wirtschaftsrecht (Bilanz- und Devisenrecht) verwandt. Er bezeichnet den Wert eines Rechts oder einer Sache als selbständiges Rechtsobjekt, das sowohl Gegenstand der Besteuerung oder der Bewertung im Rahmen einer Unternehmensbilanz[39] ist aber auch privatrechtlicher Geschäftsgegenstand sein oder besondere Rechtsvorgänge auslösen kann (z B Krediterteilung, Sicherheitsleistung, Veräußerung und Pfändung von Anwartschaftsrechten usw). Auf diese Weise verkörpert der Vermögenswert eines Gegenstandes eine ständige Anwartschaft auf Umwandlung in Geld oder andere geldwerte Güter[40].

Die hier getroffene Unterscheidung zwischen dem Vermögenswert der Mitgliedschaft und ihrer eigentlichen Bedeutung als personenrechtliches Rechtsverhältnis in der Innenwirkung ist für die Frage der Vererbung einer Gesellschaftsbeteiligung von großer Tragweite, wie sich im Verlauf der Ab-

[37] z B bei der Pfändung oder Verpfändung eines Geschäftsanteils, Scholz § 15 Anm 82.

[38] Vom Vermögenswert i Bez auf Inventarstücke eines Pachtobj spricht zB RGZ 58, 274. Den Begr „Vermögenswert" verwendet auch Boehmer bei Staudinger § 1922 Anm 64 ff, 149; vgl auch, worauf Eckelt 1906 Anm 11 zutr hinweist, § 2314 BGB, wo zw „Bestand" u „Wert" des Nachlasses unterschieden wird; i Bez auf d Mitglsch s o Anm 20.

[39] Die Grundsätze sind für Handelsbilanz und Steuerbilanz nicht immer gleich, vgl Brönner, Die Bilanz nach Handels- u Steuerrecht, Stuttgart 1955.

[40] Als sehr fruchtbar für die Entwicklung des Begriffs „Vermögenswert" erweisen sich die Ausführungen von Eckelt NJW 1954, 1906 ff; prakt Beisp: „Wirtschaftl Wert" einer Wohnung, Schwab NJW 1955, 1362 f; Wirkung der formlosen Einbringg eines Grundstücks in eine bG, BGH 10. 1. 55 NJW 1955, 203.

handlung noch zeigen wird. Nur durch diese Unterscheidung, die terminologisch nicht innerhalb der Mitgliedsbestandteile getroffen wird, sondern außerhalb derselben durch Hinzufügen des Begriffs „Vermögenswert", können die verschiedenen Wirkungen, die die Mitgliedschaft im Verhältnis zum Verband und im außergesellschaftlichen Rechtsleben auslöst, erkannt und richtig beurteilt werden[41].

2. Die Außenwirkung der Mitgliedschaft äußert sich aber nicht nur im Vermögenswert, sondern auch in vermögensrechtlichen Verpflichtungen, die mit dem Gesellschaftsanteil verbunden sind und sich gleichsam als Belastungen des Vermögenswerts darstellen. Der Gesellschaftsanteil erscheint insoweit in den Augen des Geschäftsverkehrs als ein Vermögensobjekt, das geldliche Aufwendungen erfordert, um es zu erwerben und Früchte in Form von Gewinnen tragen zu lassen. Zwar treffen die mit dem Gesellschaftsanteil verbundenen Leistungspflichten in erster Linie das Mitglied und eine Reihe dieser Verpflichtungen kann dieses auch nur höchstpersönlich erfüllen. Geldliche Leistungen und sonstige Handlungen in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis können aber dem Mitglied auch außerhalb des Rahmens der Mitgliedschaft und sogar jemandem obliegen, der gar nicht Mitglied ist. Eine solche Verpflichtung kann sowohl als mitgliedschaftliche (in der Innenwirkung) als auch als schuldrechtliche (in der Außenwirkung) erscheinen. Dies betrifft beispielsweise das Gebiet der gesellschaftlichen Nebenleistungsverpflichtungen[42], ferner die persönliche Haftung des offenen Handelsgesellschafters für die Gesellschaftsverbindlichkeiten nach § 128 HGB[43] sowie die gesellschaftlichen Geldeinlageverpflichtungen[44]. Als Beispiele, in denen ein

[41] Auch auf anderen Rechtsgebieten kann die Innen- u Außenwirkung eines Rechtsverh z verschied Folgerungen führen, vgl Siebert NJW 1955, 1 ff i Bez auf d Innen- u Außenwirkung der elterl Gewalt. Aber auch beim Eigentumsbegr ist diese Unterscheidung mögl. Das Innenverh des Eigentümers zur Sache behandelt § 904 BGB; die Außenwirkg besteht im Vermögenswert des Eigentums u in seiner sozialen Begrenzung (Art 14 II GG: „Eigentum verpflichtet"). Nur ist bei der Mitgliedsch als personenrechtl Rechtsverh die Innenwirkung bes ausgeprägt.

[42] Diese Verpfl sind mitgliedschaftl Art, insofern als sie mit der Mitgliedsch verbunden sind u ihr entspringen, andererseits sind sie auch schuldrechtl Art, weil sie in Ausnahme von den sonstigen gesellschaftl Leistungspflichten regelmäßig entgeltl sind (s o Anm 8). Als Hauptbeisp ist hier die Zuckerrüben-AG oder -GmbH zu nennen. Über die Kollision zw Gesellschaftsrecht u Schuldrecht s Rud. Fischer 374 ff, 380 ff; Riesenfeld 24 ff, 53 ff, 148 ff m ausf Nachw; RG JW 1916, 126; RGZ 79, 332 [335 f] u die Komm z § 50 AktG; s u § 7 Anm 9.

[43] BGH 17. 12. 53 BB 1954, 242 rechnet sie der Außenwirkung zu. Die Haftung des Gesellschafters ist daneben aber auch mitgliedschaftl Verpflichtung. Im Innenverh ist sie abdingbar.

[44] Als Forderungen der Ges gegen den Gesellschafter sind sie u U an Gesellschaftsgläubiger abtretbar od verpfändbar od für sie pfändbar, vgl Scholz § 19 Anm 22.

Nichtgesellschafter für gesellschaftliche Leistungen einstehen muß, lassen sich die Haftung des Erben für die vom Erblasser als Gesellschafter hinterlassenen Schulden aus dem Gesellschaftsverhältnis als Nachlaßverbindlichkeiten[45], die Weiterhaftung des aus der Gesellschaft Ausgeschiedenen (§§ 159 HGB; 16 III, 22, 28) und die Verpflichtung eines Pfandgäubigers anführen, die mit einem Geschäftsanteil verbundenen Leistungspflichten zu erfüllen, wenn er nicht Gefahr laufen will, daß der Gesellschafter, der den Gesellschaftsanteil oder die übertragbaren Rechte nach § 717 S 2 BGB verpfändet hat, aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird[46].

IV. Bei den Beziehungen des Mitglieds zur Gesellschaft lassen sich mithin drei Bereiche unterscheiden[47], die bei allen mit der Mitgliedschaft zusammenhängenden Fragen eine Rolle spielen können:

a) eine außerverbandliche Rechtssphäre, in der Individualrecht herrscht[48];
b) eine Sphäre des reinen Verbandsrechts, in welcher das Mitglied der Organisationsgewalt des Verbandes durch Satzung und Mehrheitsbeschlüsse völlig unterworfen ist;
c) schließlich eine gemischte Sphäre, in der Individualrecht und Sozialrecht sich überschneiden[49].

Der letztgenannte Bereich ist in bezug auf die Vererbung der Mitgliedschaft besonders interessant was nachstehend noch näher dargelegt werden soll.

---

[45] s u § 8 Anm 9, §§ 14 ff.

[46] Vgl §§ 21, 28 GmbHG.

[47] Vgl hierzu O v Gierke DPR I 533 ff u Genossenschaftstheor 175; Feine 271; Hueck OHG 159 f.

[48] Hierher gehören insbes die Fälle, wo ein Mitglied zur Gesellschaft in individualrechtl Beziehungen als Dritter (Mieter, Vermieter, Darlehnsgeber, Käufer usw) tritt.

[49] Hier liegt die Quelle der „mitgliedschaftl Sonderrechtsverhältnisse" (Ov Gierke). — Über den Sonderrechtsbegriff herrschte viel Streit, s dazu die Komm zu § 35 BGB u die dort angeführte Lit u Rechtspr. Sonderrechte sind nach heute h M Vorrechte eines Mitglieds. Im Grunde genommen ist der Streit ziemlich bedeutungslos, da § 35 BGB für die Sonderrechte nur das ausspricht, was für sonstige mitgliedschaftl bzw körperschaftl Individualrechte ebenfalls gilt, Riesenfeld 19; Feine 271; J v Gierke § 44 III 1a. Letztere sind die gesellschaftl „Grundrechte", die einem Mitglied nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag zustehen (z B Zustimmung bei Satzungsänderungen, vgl § 53, Anfechtung von Beschlüssen, vgl §§ 197 ff AktG, s a BGH 24. 4. 54 BB 1954, 456 betr OHG), die z T verzichtbar, z T aber gesellschaftsrechtl unverzichtbar sind, wie z B die freie Übertragbarkeit und Vererblichkeit der Inhaberaktie. Hier kann der Aktionär nur nach § 137 BGB bzw durch Erbvertrag gebunden werden. Hachenburg-Schilling § 14 Anm 21 unterscheidet zwischen entziehbaren u unentziehbaren Mitgliedsrechten; ergäbe sich nichts dafür, daß die Gründer einer GmbH beispw das Recht auf Übertragbarkt u Vererblichkt des Geschäftsanteils als unentziehbares Recht aller Gesellschafter gestalten wollten, dann sei die Beschränkung dieser Rechte durch satzungsändernden Beschluß, also auch gegen die Stimme des davon betroff Gesellschafters möglich (vgl b). Dies schließt aber nicht aus, daß ein unentziehbares Mitgliedsrecht trotzdem verzichtbar ist.

§ 6 3. Erbrechtliche und gesellschaftsrechtliche Folgen der Vererblichkeit der Mitgliedschaft

Das Gesetz enthält keine allgemeinen Vorschriften darüber, wie und in welchem Umfange sich die Vererbung der Mitgliedschaft vollzieht. Gesellschaftsrechtliche und erbrechtliche Normen treffen zusammen, beide dienen — wie wir gesehen haben — verschiedenen Interessen. Der Gesetzgeber scheint den dadurch entstehenden Rechtskonflikt nicht genügend erkannt zu haben[1].

I. Eine uneingeschränkte Anwendung erbrechtlicher Prinzipien[2] bei der Vererbung der Mitgliedschaft würde vom Standpunkt der Gesellschaft aus bedeuten:

1. Durch den Grundsatz der Testierfreiheit (§§ 1937, 2302 BGB) oder der gesetzlichen Erbfolge (§§ 1924 ff BGB) wird die Bestimmung des Nachfolgers nach außergesellschaftlichen Gesichtspunkten festgelegt. Die damit verbundene Zufälligkeit und Ungewißheit über den zukünftigen Nachfolger und seine Eigenschaften kann der Gesellschaft dort zum Schaden gereichen, wo es nach dem Gesellschaftszweck auf bestimmte Eigenschaften eines Gesellschafters gerade ankommen soll, z B bei einer auf persönlicher Mitarbeit der Gesellschafter aufbauenden Gesellschaft oder einer Familiengesellschaft.

2. Durch den Grundsatz der Gesamtnachfolge (§ 1922 BGB) findet die Erbfolge in das Vermögen (den Nachlaß) des Erblassers statt. Dies würde im einzelnen zur Folge haben:

a) Sind mehrere Erben berufen, dann würden sie die Mitgliedschaft gemäß §§ 2032 ff BGB als Erbengemeinschaft erwerben. Dies könnte ihrer mitgliedschaftlichen Stellung hinderlich sein und das Gesellschaftsverhältnis durch Schwerfälligkeit und Uneinigkeit der Erbengemeinschaft komplizieren.

b) Der Erbe könnte seine Haftung auf den Nachlaß beschränken (§§ 1967 ff BGB), was dem Prinzip einer unbeschränkten persönlichen Haftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft oder den Gesellschaftsgläubigern widersprechen würde.

c) Sonstige den Nachlaß betreffenden Wirkungen des Erbrechts wie Erbauseinandersetzungen, Teilungsanordnungen, Vermächtnisse, Einsetzung von Vor- und Nacherben, eines Testamentsvollstreckers usw würden nicht ohne Einfluß auf das Gesellschaftsverhältnis bleiben.

II. Die volkswirtschaftliche Bedeutung einer Gesellschaft als ein wert- und arbeitschaffendes Unternehmen, die „soziale Funktion" der Gesellschaft[3],

[1] Hueck DNotZ 1952, 551; Michaelis RdW 1944, 192; Kipp-Coing § 87 III 4; s o § 3 Anm 1.

[2] s darüber bei Kipp-Coing § 1 II.

[3] BGHSt 6, 186 [191]

könnte durch eine solche rein „erbrechtliche" Erbfolgeregelung beeinträchtigt werden[4]. Dem Gesellschaftsrecht muß daher im Rahmen des Gesellschaftszweckes und der Gesellschaftsstruktur eine gewisse Modifikation des Erbrechts gestattet sein. Dies braucht nicht dazu zu führen, zwingende Prinzipien des geltenden Erbrechts wie Testierfreiheit und Gesamtnachfolge außer Kraft zu setzten. Das Gesetz hat zwar Ausnahmen vom Grundsatz der Gesamtnachfolge bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1483 ff BGB) und im Landwirtschaftsrecht durch die Einführung einer Sondererbfolge in den „Hof" zugelassen[5]. Auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts bestehen solche Ausnahmen kraft Gesetzes aber scheinbar nicht[6]. Es ist zuzugeben, daß es nicht empfehlenswert wäre, bei der Erbfolge in ein Einzel- oder Gesellschafts-Unternehmen eine dem Höferecht entsprechende Regelung einzuführen, da die Lage doch eine grundätzlich andere ist als beim an Grund und Boden gebundenen bäuerlichen Besitztum[7]. Doch verlangt auch die erbrechtliche Gesellschaftsnachfolge eine ihren Besonderheiten angepaßte Lösung.

III. Es bleibt noch darauf hinzuweisen, daß die gesamte Problematik um Gesellschaftsrecht und Erbrecht sich nicht in einem rein privatrechtlichen Fragenkreis erschöpft. Als Unternehmen steht die Gesellschaft im Wirtschaftsleben. Eine Vererbung der Mitgliedschaft wirft daher auch steuerrechtliche und vor allem betriebswirtschaftliche Fragen auf[8]. Diese in vorliegender

[4] Das Gesellschaftsunternehmen verdient Schutz gegenüber Beeinträchtigungen durch persönliche Belange der Gesellschafter BGHZ 9, 158 f; BGH BB 1955, 270; RGZ 164, 257 [260, 262]; s ferner Müller-Erzbach 25, 391 u ZHR 61, 357 ff, 371 ff; Siebert DRW 1936, 227 f. — Unter dem Gesichtspunkt der Erhaltung des Unternehmens, der Firma sowie aller darin steckenden Werte muß auch der gesetzliche Auflösungsgrund für die OHG bei Tod eines Gesellschafters (§ 131 Zf 4 HGB) unzweckmäßig erscheinen, Hueck OHG 220 u DNotZ 1952, 551; Knur 57 m weit Nachw; Weipert § 139 Anm 1; Baumbach-Duden Anm 1.

[5] Vgl z B die heute geltenden, z T landesgesetzl geregelten Höfeordnungen u das frühere ReichserbhofG, das auch die Testierfreiheit beschränkte. Eine allg Beschränkung der Testierfreiheit enthielt der frühere § 48 II TestG.

[6] Ein Vorrang des Gesellschaftsrecht vor dem Erbrecht wird daher von Donner DR 1943, 1205 u Schlicht NJW 1954, 985 in Abrede gestellt. Über eine in die Mitgliedschaft stattfindende Sondererbfolge Liebisch 137 ff u Siebert 23 ff; näheres bei § 8.

[7] Gegen die Bildung „industrieller Erbhöfe" vgl 2. Denkschr des Erbrechtsausschusses der AkDR, Tübingen 1937 ff, 81 ff, 85, ferner 4. Denkschr 30; Karger, Letztwillige Verfügung u Familien-GmbH, RdGmbH 1928, 619 ff: wirtschaftl Erfahrung lehre, daß nur selten geschäftl Tüchtigkeit sich über mehr als vier Generationen hinaus bewähre; s a Bannenberg 8 ff.

[8] Zur Problematik im einzelnen kann auf das Werk von Model und die Arbeit von Bannenberg verwiesen werden, der allerdings nur die zweckmäßige Gestaltung der letztwilligen Verfügung durch den Erblasser im Auge hat, die Möglichkeit einer Regelung durch Gesellschaftsvertrag jedoch völlig außer acht läßt; i e Model 482 ff, 569 f.

Arbeit mitzubehandeln ist nicht möglich, da sie deren Rahmen sprengen würden. Das Verhältnis des Steuerrechts zum Gesellschaftsrecht ist ein besonders schwieriges Gebiet, das noch einer näheren Klärung bedarf, da das Steuerrecht in seiner Tendenz, privatrechtliche Fragen nach eigenen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen[9], auch das Gesellschaftsrecht entsprechend auslegt[10]. Auf der anderen Seite ergeben sich jedoch auch befruchtende Anregungen durch das Steuerrecht, indem die seinem Bereich angehörenden Begriffe und Vorstellungen zu neuen Gesichtspunkten für die Behandlung gesellschaftsrechtlicher Probleme führen. Der wirtschaftsrechtliche Zusammenhang beider Rechtsgebiete wird darin sichtbar. Dies bestätigte sich schon an dem oben entwickelten Begriff des „Vermögenswertes“[11]. Soweit sich im folgenden Anknüpfungspunkte zwischen gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Fragen ergeben, sollen sie aufgezeigt werden.

[9] Ballerstedt 4 f; Flume, Steuerwesen und Rechtsordnung (Sonderdruck aus Festgabe Smend, 1952) 6; s insbes Model 29, 42, 95, 101 in Bezug auf die teilw abw Behandlung des Erbrechts durch das Erbschaftssteuerrecht und die Erweiterung des Begriffs „Erwerb von Todes wegen“ durch § 2 ErbStG; vgl auch BFH 25. 2. 54 BB 1954, 437: tatsächlicher Verkehrsvorgang losgelöst von der rechtlichen Gestaltung ist für das Steuerrecht entscheidend (betr Umsatzsteuer); vgl a § 6 SteueranpassgsG.

[10] z B Rössler BB 1952, 1016, der das Gesamthandsverhältnis einer Personalgesellschaft steuerrechtl als Bruchteilsgemeinschaft behandeln will; dagegen Buchwald BB 1953, 142, Nach Kaatz FinRd 1953, 74 sei die bürgerliche Rechtsform im Gesellschaftsrecht grundsätzl auch steuerrechtl zu beachten (Angaben über die neuere Rechtspr des BFH). Hier ist insbes auch BFH 22. 8. 51 (steuerrechtl Anerkennung der Familiengesellschaft) zu erwähnen, BStBl III 181; sowie BFH 20. 8. 54 BB 1954, 893 (steuerrechtl Anerkennung der atypischen stG).

[11] s o § 5 III.

Die gesetzliche Regelung der Erbfolge

1. Abschnitt: Die Vererbung von Geschäftsanteil und Mitgliedschaft

I. Der Geschäftsanteil als Gegenstand des Erbrechts

§ 7

Stellt man die Frage, welche Rechtsstellung des Gesellschafters bei der GmbH der Vererbung unterliegt, so gibt das Gesetz seine Antwort in § 15 I. Danach ist der Geschäftsanteil eines Gesellschafters vererblich[1].

I. Was der Begriff „Geschäftsanteil" beinhaltet, wird durch das Gesetz allerdings nicht eindeutig bestimmt. Sprachlich bedeutet „Geschäftsanteil": Anteil an einem Geschäft oder einem Unternehmen[2]. Dieses besteht hier in Form einer GmbH, an der die Gesellschafter beteiligt sind. Der Geschäftsanteil ist daher mit anderen Worten ein Gesellschaftsanteil. Ein solcher ist nach der in der Einleitung gegebenen Begriffbestimmung nicht nur vermögensrechtliches Beteiligungsverhältnis, sondern auch der Ausdruck für die Mitgliedschaft überhaupt[3]. Daß dies für die GmbH zutrifft, ergibt sich aus §§ 5, 14, wonach ein Geschäftsanteil nur von einem Gesellschafter übernommen werden kann. Der Erwerb eines Geschäftsanteils bedeutet also regelmäßig zugleich auch Erwerb der persönlichen Mitgliedschaft bei der GmbH mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten. Diese Auffassung entspricht der h M[4].

II. Wenn das GmbHG die Mitgliedschaft nach dem vermögensrechtlichen Beteiligungsverhältnis bezeichnet, dann will das Gesetz damit nur andeuten, daß dem kapitalistischen Charakter der Gesellschaft gemäß die Bedeutung der Mitgliedschaft als veräußerliches Vermögensrecht im Vordergrunde steht. Dieser vermögensrechtliche Charakter der Beteiligung kommt schon durch die zwingend vorgeschriebene Leistung einer festen Stammeinlage zum Ausdruck, die nicht nur zur Bildung eines Vermögensgrundstocks für

[1] Das österrGmbHG hat in § 76 I wörtlich die Fassung des § 15 I übernommen, ähnlich auch Art 789 II OR; über Vergleiche mit der österreich u schweiz Regelung s u § 48 Anm 4.

[2] Neukamp ZHR 57, 2.

[3] s o § 5 II. — Der Begriff „Gesellschaftsanteil" wäre für die GmbH geeigneter, da sich der Begriff „Geschäftsanteil" schon im GenG findet und dort eine andere Bedeutung hat, vgl § 7 Zf 2 GenG. Nach Neukamp 9 ff habe das GenG für das GmbHG jedoch als Vorbild gedient, woher sich die Übernahme des Begriffs „Geschäftsanteil" erkläre.

[4] Hachenburg § 14 Anm 16; Scholz § 14 Anm 21; J v Gierke § 50 VII; Becker-Schmidt 121; Spitaler RdGmbH 1950, 153; Feine 262 ff; Neukamp 11 ff; Neukirch 14 f u a; aA Gareis 48; Würdinger II 240, 244, die zwischen Geschäftsanteil u Mitgliedschaft unterscheiden. In welcher Bez dies gerechtfertigt ist, darüber s u Anm 12, 13.

die Gesellschaft dient[5], sondern nach § 14 auch fester Maßstab für die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten ist[6].

Die Mitgliedschaft bei der GmbH erschöpft sich jedoch nicht in einer Kapitalbeteiligung, wie es bei der Aktie regelmäßig der Fall ist[7]. Dem engeren persönlichen Aufbau des Gesellschaftsverhältnisses entspricht die Gemeinhaftung der Gesellschafter nach § 24. Durch Begründung von Nachschußpflichten (§ 26) und Sonderleistungspflichten (§ 3 II) kann, wie schon hervorgehoben[8], die persönliche Bindung des Gesellschafters an die Gesellschaft noch enger gestaltet und die Mitgliedschaft ganz den Bedürfnissen des jeweils verfolgten Gesellschaftszweckes angepaßt werden, wobei die Einlagepflicht im Verhältnis zu den Sonderpflichten zu einer Nebenverpflichtung herabsinkt und jene zu Hauptverpflichtungen werden können[9]. Dieser

[5] Feine 245; Scholz § 3 Anm 7, ZAkDR 1938, 654, CR 1948, 1. Die Stammeinlage hat damit zugleich auch die Funktion eines Mindestgarantiefonds für die Gesellschaftsgläubiger, Feine 89 ff, 247; Becker-Schmidt 97; BGH 20. 1. 55 NJW 1955, 678/79 aE. Dem dienen die Vorschr d §§ 19 II, 25, 30 ff, da den Gesellschaftsgläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet (§ 13 II). Die Garantiefunktion überträgt sich auf den Geschäftsanteil, was sich bei dessen Einziehung äußert (§ 34 III). Sie betrifft damit vor allem das Außenverhältnis im Interesse der Gesellschaftsgläubiger und ist nicht notwendiger Inhalt der Mitgliedschaft, s u § 40.

[6] Feine 258, 260. — In dieser Hinsicht kommt der Stammeinlage also eine ähnliche Funktion zu wie dem Kapitalanteil bei einer OHG od KG (Staud-Geiler vor §§ 705 Anm 55). Im Unterschied zur Stammeinl ist d Kapanteil zwar eine veränderliche Größe, bildet aber ebenfalls einen Verteilungsschlüssel für Gewinn u Auseinandersetzungsguhaben (vgl §§ 121, 155 HGB u §§ 14, 29 II, 72), ohne mit der Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen identisch zu sein (RGZ 117, 242; RG DR 1941, 1086), s o § 5 Anm 9, 31. Nur ist bei der GmbH die Bedeutung der Stammeinlage umfassender, gilt insbes auch für die Ausübung des Stimmrechts (§ 47 II, wo Geschäftsanteil und Stammeinlage allerdings miteinander verwechselt werden, Neukamp 14) u für mitgliedschaftl Pflichten (z B §§ 19, 24). Gegen einen Vergleich des Kapitalanteils mit der Stammeinlage Groschuff DR 1943, 981, der m E aber bloß verkennt, daß bei dem Personalges eine Einlage für die Erlangung eines Gesellschaftsanteils nicht erforderlich ist, RGZ 170, 112; über das Verhältnis von Kapitalanteil und Stammeinlage bei der Erbfolge s u § 11 Anm 11.— Durch Gesellschaftsvertrag kann aber bei der GmbH auch ein anderer Maßstab für die gesellschaftl Rechte und Pflichten eingeführt werden (z B Kopfteile), allg M, vgl Feine 260; Baumbach § 14 Anm 1 A. — Die Bedeutung des § 14 als Maßstab wird oft verkannt, s u Anm 10.

[7] Jedoch können nach § 50 AktG den Aktionären Nebenverpflichtungen auferlegt werden, z B Anbau und Lieferung von Zuckerrüben.

[8] s o § 4 Anm 20.

[9] RGZ 73, 429 [433]; Feine 339; Hachenburg § 3 Anm 24; Scholz § 3 Anm 16; § 18 Anm 10; J v Gierke § 50 IV 1 b) β) aa); Riesenfeld 149; Kaufmann, Verkaufssyndikate in Form der GmbH, SächsA 1912, 409 ff. Aus diesem Grunde spricht man bei den Verpflichtungen auch besser von „Sonderleistungen" und nicht von „Nebenleistungen", Kaufmann aaO 411. Sie sind gesellschaftl Art, wenn sie in den Gesell-

Möglichkeit trägt die gesetzliche Ausgestaltung des Geschäftsanteils Rechnung, der nicht wie die Aktie Teil des Grundkapitals ist und diesem gegenüber in keinem Abhängigkeitsverhältnis steht[10].

Das richtige Verständnis für den besonderen Charakter des mitgliedschaftl Beteiligungsverhältnisses bei der GmbH, auf das es auch im Zusammenhang dieser Arbeit ankommt, erschließt sich erst dann richtig, wenn man die GmbH nicht als Miniatur-AG, sondern als selbständige Organisationsform auffaßt, die das ihrer Eigenart und Zweckbestimmung entsprechende Recht verlangt[11].

---

schaftsvertr aufgenommen sind, RGZ 79, 332 [335 f]; 112, 273 = RdGmbH 1926, 494; Hachenburg aaO; Feine aaO; Scholz § 3 Anm 16; nach Rud. Fischer 380 bestimme nicht die Form, sondern der Zweck der Vereinbarung, ob sie gesellschaftrechtl Art sei, dagegen Riesenfeld 156, der diese Ansicht für zu weitgehend hält. Roth LZ 1912, 266; 1915, 1492 hält ein Nebenleistungsverh bei der GmbH nur in Form einer bG möglich. Diese Ansicht, die abgesehen von § 50 AktG nur für Nebenabreden bei einer AG zutrifft, wird für die GmbH heute abgelehnt, vgl Hachenburg aaO; Kaufmann aaO; s u § 58 IV 3.

[10] Unzutr wird oft die GmbH als abgewandelte und erleichterte Form der AG bezeichnet, Hachenburg Allg Einl Anm 10—24, insbes Anm 17; Saenger 32; J v Gierke § 50 I, III 3; Silberschmidt, Die Gliederung des deutschen Gesellschaftrechts, SeuffBl 1918, 97; Esser Einl 13, u entspr §§ 1, 6 I AktG definiert: „Die Gesellschafter einer GmbH sind mit Einlagen auf das in Anteile zerlegte Stammkapital beteiligt", so Silberschmidt aaO; Hachenburg Einl Anm 13, 15; Scholz Einl II § 1 Anm 3; Haupt-Reinhardt § 41 I; Buchholz 261. Zu solchen irreführenden Vergleichen drängt eine schiefe Auffassung der §§ 5 III S 3, 14, die oft im Zusammenhang miteinander gelesen werden. Die erstgenannte Vorschrift gilt nur für das Gründungsstadium, Feine 99. Hier muß der Gesamtbetrag der Stammeinlagen mit dem Stammkapital übereinstimmen. Die auf Grund der Stammeinlage gebildeten Geschäftsanteile sind aber nicht wie bei der AG im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses von der Stammeinlage abhängig. Dies spricht § 14 auch gar nicht aus. Diese Vorschrift ist nur M a ß stab (s Anm 6). Es b e s t i m m t sich lediglich der Geschäftsanteil nach der Stammeinlage, er r i c h t e t sich jedoch nicht danach, wie v Godin DJ 1943, 132 irrtümlich ausführt, unrichtig insofern auch OHGZ 1, 339 [341], zutreffend Mangold DJ 1944, 20. So kann bekanntlich bei der GmbH eine Einziehung von Geschäftsanteilen erfolgen, ohne daß das Stammkapital zugleich mit herabgesetzt wird, umgekehrt hat eine Herabsetzung des Stammkapitals keine Veränderung der Geschäftsanteile zur Folge. Diese haben insbes keinen „Nennwert" in dem technischen Sinne des AktG, vgl Neukamp 20 ff, der allerdings auf S 21 den Nennwert mit dem wahren Wert der Beteiligung verwechselt, ferner LG Köln DNotZ 1953, 106; AG Mannheim BB 1953, 129. Die Nominalhöhe der Stammeinlage und der danach bestimmte „Nennwert" ist bei der GmbH n u r ein Kennzeichnungsmittel, eine Identitätsbezeichnung für den Geschäftsanteil a u f Grund des „historischen" Vorgangs der Einlagebeteiligung, Scholz § 14 Anm 1; Hachenburg 14 Anm 7; Feine 260. Ebenso könnte der Geschäftsanteil mit einer Quote bezeichnet werden oder einen Namen tragen, Hachenburg aaO Anm 5, Feine aaO, Mangold aaO, oder der Gesellschaftsanteil bei einer OHG oder KG nach dem Nennbetrag der Einlage gekennzeichnet werden, was bei der letztgenannten Gesellschaftsform sogar häufig geschieht (Würdinger I 157). Bei der AG ist der Nennbetrag mehr als ein

III. Unabhängig von seiner Bedeutung als Ausdruck für die Mitgliedschaft bei der GmbH und seiner Funktion als Maßstab mitgliedschaftlicher Rechte und Pflichten (§ 14) repräsentiert der Geschäftsanteil – wie schon hervorgehoben – auch den Vermögenswert der Beteiligung des Gesellschafters als außermitgliedschaftliches, individualrechtliches Vermögensrecht[12]. Der Begriff „Geschäftsanteil" ist daher oft allein nur in diesem Sinne und nicht in seiner Bedeutung als Mitgliedschaft zu verstehen[13]. Inwieweit diese Außenwirkung des Geschäftsanteils bei der Erbfolge Bedeutung erlangt, wird sich noch zeigen. Zunächst soll jedoch die Frage interessieren, wie und in welchem Umfang sich die Vererbung des Geschäftsanteils als Mitgliedschaftsverhältnis vollzieht.

---

bloßes Kennzeichnungsmittel. Er bringt als besonderes Charakteristikum der aktienrechtlichen Mitgliedschaft eine dauernde feste Relation zwischen Einlage und Aktie zum Ausdruck (üb Aktieneinlage Ballerstedt 48 ff). Das wird oft nicht klar erkannt (z B Scholz aaO u § 3 Anm 8; Hachenburg zu § 14). Der Geschäftsanteil wird nicht wie die Aktie durch die Einlage repräsentiert, weshalb eine an die §§ 1, 6 I AktG angelehnte Definition der Beteiligung des GmbH-Gesellschafters besser zu vermeiden ist (Neukamp 23). Klar ist dagegen die Definition in Art 772 II 1 OR: „Jeder Gesellschafter ist, ohne daß seine Beteiligung als Aktie behandelt wird, mit einer Einlage (Stammeinlage) am Stammkapital beteiligt", sowie Art 789 I OR: „Die Stammeinlage eines jeden Gesellschafters bestimmt seinen Geschäftsanteil". Zur richtigen Unterscheidung von Aktie und Geschäftsanteil Würdinger II 236, 238 ff.

[11] Haupt-Reinhardt § 41 II; s a Klausing Neuordnung; Ballerstedt 14.

[12] s o 5 III. — Die Doppelnatur des Geschäftsanteiles als Mitgliedschaftsverhältnis und Vermögensrecht (Wertobjekt) wird von Feine 372, 391 richtig erkannt, ebenso von Siebert JW 1934, 1116 im Anschl an RG 24. 11. 53 aaO 976. Jedoch ist zu beachten, wenn Siebert vom „vermögensrechtl Teil" der Mitgliedsch spricht, daß darunter nicht deren vermögensrechtl Bestandteil, der Anteil am Gesellschaftsvermögen (Feine 264), sondern deren vermögensrechtl Außenwirkung zu verstehen ist. So ist wohl auch die scharfe Trennung bei Würdinger zw Geschäftsanteil u Mitgliedsch aufzufassen (s o Anm 4). Gegen Würdinger Hachenburg-Schilling § 14 Anm 16.

[13] Feine 259; so z B wenn nach § 15 II ein Gesellschafter mehrere Geschäftsanteile hat. Er besitzt dann nur eine Mitgliedschaft, die sich allerdings verstärkt hat, Feine aaO, a A J v Gierke § 50 VII 1c, § 40 II 2c; auch Hachenburg § 15 Anm 69 spricht von mehreren Mitgliedschaften, meint dies offenbar aber nur bildlich; wie hier Klausing 27, 146. Auch wenn eine Gesellschaft nach § 33 eigene Geschäftsanteile erwirbt, wird sie dadurch nicht Mitglied bei sich selbst, sondern erhält nur ein verfügbares Vermögensrecht, Feine aaO u 412 ff, 417; a A wiederum J v Gierke § 50 VII 1 f; § 44 I 6, der aber zugeben muß, daß ein Ruhen der Mitgliedschaft eintritt, so auch RGZ 103, 64 [66] u BGH 14. 7. 53 BB 1953, 717 bezügl bergr Gewerksch. Ebenso entstehen im Falle der Kaduzierung (§ 21) u des Abandon (§ 27) Geschäftsanteile ohne Mitgliedschaft, die von der GmbH verwaltet werden, vgl Baumbach § 27 Anm 4, § 21 Anm 3 C, D. In allen diesen Fällen handelt es sich um die Bedeutung des Geschäftsanteils als Vermögensrecht, also als nichtmitgliedschaftl Beteiligung, was leider oft mit dem vermögensrechtl Beteiligungsverhältnis als Bestandteil der Mitgliedschaft verwechselt wird.

I. Im GmbHG ist die Vererbung des Geschäftsanteils als Mitgliedschaftsverhältnis ausdrücklich nicht geregelt. § 15 I stellt nur die Vererblichkeit des Geschäftsanteils als Grundsatz auf. Außer dieser Vorschrift beschäftigen sich nur noch die §§ 17 VI und 18 andeutungsweise mit der Erbfolge in den Geschäftsanteil. Es könnte daher die Frage auftauchen, ob § 15 I überhaupt die Vererblichkeit der Mitgliedschaft regeln will, oder er etwa nur die Vererbung des Geschäftsanteils in seiner soeben erwähnten Bedeutung als Vermögensobjekt im Auge hat. Ergebnis wäre also, wenn § 15 I gar nicht die Vererbung des Geschäftsanteils als Mitgliedschaftsverhältnis regeln wollte, daß die Mitgliedschaft bei der GmbH unvererblich wäre. Eine solche Ansicht könnte sich sogar auf § 38 BGB oder § 727 I BGB stützen, wonach grundsätzlich die Mitgliedschaft unvererblich ist[1].

II. Es wird jedoch allgemein angenommen, daß § 15 I auch die Vererbung der Mitgliedschaft bestimmt. Dies wirft die nicht nur für die GmbH sondern auch für jede andere Gesellschaftsform wichtige rechtsdogmatische Frage auf, ob oder wie die Mitgliedschaft als personenrechtliches Rechtsverhältnis überhaupt vererblich sein kann.

1. Zweifel daran könnten auf der Überlegung beruhen, daß eine persönliche Rechtsstellung untrennbar mit ihrem Träger verbunden ist; ebensowenig wie eine solche Rechtsstellung unter Lebenden übertragen werden könne[2] sei sie vererblich[3]. Tatsächlich scheint das teilweise auf romanistischen Gedankengängen aufbauende Erbrecht des BGB auch die Vererbung einer persönlichen Rechtsstellung, wie sie die Mitgliedschaft darstellt, rechtlich nicht für möglich zu halten, da nach § 1922 I BGB beim Tode einer Person nur deren Vermögen als Ganzes auf den Erben[4] übergeht. Zum Vermögen

[1] Hachenburg § 15 Anm 2: „Der Geschäftsanteil ist sterblich wie sein Träger", das Prinzip des § 38 BGB würde wiederhergestellt; ähnlich Vins 328; Becker RdGmbH 1937, 216; Bing 58.

[2] s o § 5 Anm 17; näheres BGHZ 13, 179 u bei Kuhn aaO; s a Siebert 16.

[3] Zitelmann 187 ff; Boehmer Erbfolge 101 u auch noch bei Staudinger i d 10. Aufl Anm 162 zu § 1922 i Bez auf die Mitgliedsch bei der OHG: der Erbe trete aus eigenem Recht in die Gesellschaft ein, nur die Nachfolge in das vermögensrechtl Beteiligungsverh, den Gesellschaftsanteil, des verstorbenen Gesellschafters sei möglich. Diese Auffassung hat Boehmer jedoch in der 11. Aufl des Komm v Staudinger geändert (s u Anm 12). Zur Kritik ggüber der ursprüngl Auffassung Boehmers vor allem Liebisch 130 ff. Nach jener Anschauung kann der unmittelbare Übergang von Gesellschaftsanteil u Mitgliedsch auf den Erben nur durch einen im Gesellschaftsvertrage enthaltenen Vertrag zug Dritter erreicht werden, so insbes Zitelmann, krit dazu Krückmann 69 ff. Üb die Möglichkt der direkten Übertragung einer Mitgliedsch durch Vertrag zug Dritter s u §§ 37, 38.

[4] In diesem Zusammenhang sind unter „Erbe" sowohl der Alleinerbe als auch mehrere Erben zu verstehen.

in diesem Sinne, d h zum „Nachlaß“[5] gehört eine personenrechtliche Rechtsstellung nicht[6], folglich kann nach § 1922 I BGB auch die Mitgliedschaft als personenrechtliches Rechtsverhältnis nicht vererblich sein[7]. Dem widerspricht es nicht, daß dem Erben persönlich in Auswirkung der Mitgliedschaft des Erblassers für eine Übergangszeit kraft Gesetzes gewisse Vorsorgemaßnahmen für eine zeitlich unbestimmte oder festgelegte Dauer (z B bis zum Ende des Geschäftsjahres) auferlegt werden, vgl §§ 727 II BGB, 137 I HGB, 77 II GenG)[8]. Eine mitgliedschaftliche Stellung erhält er persönlich aber nicht, selbst wenn er nach Gesellschaftsrecht während einer Übergangszeit noch für den Erblasser an der Gesellschaft teilnehmen muß[9].

[5] Was darunter zu verstehen ist, ist streitig. Nach Staudinger-Boehmer § 1922 Anm 76 gehört zur Erbschaft bzw zum Nachlaß nur das Aktivvermögen ohne die Schulden; a A Planck-Flad, BGB 4. Aufl 1930, § 1922 Anm 2 a; RGR-Komm BGB, 10. Aufl 1954, § 1922 Anm 5 a; Soergel-Eder § 1922 Anm 4; Palandt-Rechenmacher Anm. 3; S. Riesenfeld I 3, 61 ff, die zum Vermögen im Sinne des Erbrechts auch die Schulden rechnen; nach Staudinger-Lehmann § 1967 Anm 1; Enneccerus-Nipperdey § 124 I 4, insbes Anm 10 sind Schulden als „Belastungen“ des Vermögens aufzufassen. Auseinandersetzung mit diesen Lehrmeinungen u weit Nachw bei Staudinger-Boehmer § 1922 Anm 76 ff, s a Anm 64 ff u 72 ff. Wie Boehmer auch Erman-Bartholomeyczik § 1922 Anm 2; vgl a Kipp-Coing § 87 I 2. Nach Donner 1208 deute der Begriff „Erbschaft“ mehr die subjektiven Beziehungen des Erben zum hinterlassenen Vermögen an, während der Begriff „Nachlaß“ mehr den objektiven Umfang des ererbten Vermögens und seine rechtl Sonderstellung darstelle. Nach der heute gebräuchl Terminologie sind die Begriffe „Nachlaß“ u „Erbschaft“ synonym, Staudinger-Boehmer § 1922 Anm 76; Palandt-Rechenmacher Anm 3; Liebisch 138, der jedoch hervorhebt, daß der Begriff der „Erbschaft“ der weitere ist, darüber s u Anm 28.

[6] Näheres s u bei Anm 27.

[7] Endemann 50: die Mitgliedschaft muß mit dem Tode des Erblassers erlöschen, weil sie nicht zum Nachlaß gehört. Damit ist richtig die Folge ausgesprochen, die sich aus § 1922 BGB ergibt. Die Fragestellung ist auch richtig erkannt von Weiler 283 f.

[8] Auf dem Gebiet des Individualrechts ist die Lage ähnlich beim Auftrag, § 673 BGB, vgl Boehmer RG-Prax III 253, Erbfolge 28; s u Anm 22 ff.

[9] Der Erbe eines Genossen wird also nicht Genosse, Lang-Weidmüller, GenG, 25. Aufl 1943, § 77 Anm 1, 2; Meyer-Meulenbergh, GenG, 7. Aufl 1951, § 77 Anm 1. Ebenso wird der Erbe eines offenen Handelsgesellschafter nicht Gesellschafter, wenn die OHG infolge Todes des off Handelsgesellschafters aufgelöst wird, Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 146 Anm 4; RGZ 72, 119 [121]; Weiler 286; KGDR 1942, 973; OGHZ 3, 203 [208]; a A Liebisch 177 ff insbes Anm 119; scheinbar a A auch Wieland I 681, insbes Anm 1: die Erben würden auf jeden Fall Gesellschafter, es sei aber nur der Nachlaß für Rechte u Pflichten zuständig (vgl Jonen 26). Praktisch läuft damit die Ansicht Wielands doch auf eine Unvererblichkeit der Mitgliedschaft hinaus, denn ein Erbe, der auf den Nachlaß beschränkbar u nicht als Gesellschafter haftet, ist nicht Gesellschafter, so zutr auch Weipert § 131 Anm 26; Hueck OHG 221; RGZ 144, 199 [206]; OGHZ aaO; s u §§ 14 ff. Daß eine Mitgliedschaft des Erben an einer aufgelösten Gesellschaft nicht mehr besteht, kommt auch darin zum Ausdruck, daß mehrere Erben als Erbengemeinschaft in Abweichung von § 139 HGB an der Abwicklung beteiligt sind, § 146 I 2 HGB. Hueck OHG 120 u Siebert 9

2. Auf der anderen Seite ergibt sich jedoch aus dem BGB und anderen gesetzlichen Einzelbestimmungen eindeutig, daß die Mitgliedschaft als personenrechtliches Rechtsverhältnis vererbt werden kann und daher vererblich sein muß. In § 40 BGB ist dem e V die Möglichkeit eröffnet, durch Satzung die Vererblichkeit der Mitgliedschaft zu bestimmen. Wenn bei der bG und OHG der Gesellschaftsvertrag auf Grund der §§ 727 I BGB, 131 Zf 4 HGB bestimmen kann, daß die Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters fortgesetzt wird, was nach den §§ 177, 505 HGB beim Tod eines Kommanditisten und eines Mitreeders sogar der gesetzliche Regelfall ist, dann besagt dies nicht nur etwas über den Fortbestand der Gesellschaft bei Tod des Gesellschafters[10]. Vielmehr liegt es ganz eindeutig auf der Hand, daß die Erben an die Stelle des verstorbenen Gesellschafters treten, also die Mitgliedschaft ohne weiteren Rechtsakt im Wege der Gesamtnachfolge persönlich erwerben. Dies wird vor allem auch durch den Wortlaut des § 139 HGB klargestellt[11].

III. Kann demnach die Feststellung getroffen werden, daß die Vererbung der Mitgliedschaft keineswegs dem geltenden Recht widerspricht[12], so be-

sowie NWB 47 bezeichnen die Erben als Gesellschafter der Liquidationsgesellschaft (so auch OGHZ aaO 213; J v Gierke Festscher Wieland 111 f). Darin kommt zum Ausdruck, daß eine vollgültige Gesellschaftserstellung nicht mehr vorliegt (Siebert 9). Nach RGZ 106, 63 wird die Mitgliedschaft zwar nicht in personenrechtlicher, wohl aber in vermögensrechtlicher Beziehung vertreten und fortgesetzt, ebenso RGZ 171, 345 [347 f]; BGHZ 1, 324. Auch das besagt, daß ein personenrechtl Rechtsverhältnis nicht mehr besteht. Damit entfällt auch eine persönliche Mitgliedschaft des Erben. Was übrig bleibt, ist einerseits seine Beteiligung am Vermögenswert der Mitgliedschaft, der durch Auseinandersetzung oder Abschichtg realisiert wird u andererseits seine Haftung, s o § 5 III 1, 2. Ferner erhält der Erbe bis zu Beendigung der Liquidation eine Übergangsstellung, in der er für den Erblasser die Mitgliedschaftsrechte in Vertretung, wie das RG aaO richtig sagt, ausübt, zutr Meyer-Meulenbergh aaO § 77 Anm. 3. Irreführend ist es jedenfalls, diese Rechtsstellung noch als „Mitgliedschaft" zu bezeichnen.

[10] So Donner 1205; RG 123, 366 [369]; RG 1943, 1228 = RGZ 171, 328 bezügl § 177 HGB.

[11] Vgl Abs I: „Verbleiben", Abs II, IV: „Ausscheiden", Liebisch 129 ff; Wolf 1549; Hueck OHG 162, DNotZ 1952, 554, NJW 1954, 477; Baumbach-Duden § 139 Anm 3; Weipert Anm 16, 17 u a.

[12] Die Möglichkeit der Vererbung der Mitgliedschaft bei Personalges ist heute allg anerkannt, nachdem auch Boehmer nunmehr seine gegenteilige Ansicht fallen gelassen hat (s o Anm 3), vgl u a Düringer-Hachenburg § 139 Anm 5, 9, 15; H. Lehmann 73, 113 ff; Palandt-Gramm § 727 Anm 1 I a; Wieland I 686 Anm 20; Siebert 19; Geiler bei Staudinger § 727 III 1 sow bei Dür-Hachenburg Allg Einl Anm 129; Liebisch 132 insbes Anm 11 m weit Nachw; s a KG 21. 4. 55 DNotZ 1955, 418. Nach Jv Gierke Festschr Wieland 94 ff folgt die Vererblichkeit aus der Anwendg deutschrechtl Grundsätze, s dazu RGZ 16, 40 ff. — Die Vererbung der Mitgliedsch bei einer Kapitalges ist dagegen eigentl niemals als ein bes Problem aufgefaßt wor-

darf der Vorgang der Vererbung als solcher in rechtssystematischer und dogmatischer Beziehung einer näheren Untersuchung[13], denn in dieser Beziehung bestehen in Schrifttum und Rechtsprechung noch Unklarheiten[14].

1. Nach der einen Ansicht vererbt sich nicht die Mitgliedschaft als Ganzes, sondern nur ihr vermögensrechtlicher Bestandteil, das vermögensrechtliche Beteiligungsverhältnis mit den darauf ruhenden vermögensrechtlichen Rechten und Pflichten wie jeder andere Vermögensgegenstand des Erblassers nach § 1922 BGB, während die persönlichen Rechte und Pflichten, der Anteil an der gesellschaftlichen Mitverwaltung, in dem Erben neu erstehen[15].

Diese „Aufspaltungstheorie", die die innere Einheit der Mitgliedschaft verkennt, beruht im Grunde genommen noch auf dem Gedanken der Unvererblichkeit der Mitgliedschaft als personenrechtliches Rechtsverhältnis. Denn es wird nur der Übergang des Vermögensbestandteils im Wege der Erbfolge für möglich gehalten. Das eigentliche erbrechtliche Problem, die Vererbung einer personenrechtlichen Rechtsstellung wird dabei entweder übersehen oder umgangen. Die Vererbung des vermögensrechtlichen Bestandteils für sich allein vermag den Vorgang der Vererbung der Mitgliedschaft auch gar nicht erschöpfend zu erklären. Denn es bleibt immer noch die Frage übrig: wie kommt es, daß der personenrechtliche Bestandteil in dem Erben neu zur Entstehung gelangt?[16] Dies könnte doch nur durch einen weiteren Rechtsakt, eine Eintrittserklärung des Erben oder eine Aufnahmeerklärung

---

den, weil man hier die Mitgliedsch wie ein Vermögensrecht ohne weiteres für vererblich hält (vgl Staudinger-Boehmer § 1922 Anm 163). Doch ist auch die Mitgliedschaft bei einer Kapitalges ein personenrechtl Rechtsverh, s o § 5 I, so daß die Problematik im Grunde genommen die gleiche ist.

[13] Über Untersuchungen dieser Art bei OHG insbes Weiler 283 ff; Donner DR 1943, 1205 ff; Liebisch 130 ff; Siebert 8 ff, 19 ff, NJW 1955, 809 ff.

[14] zB Weipert § 139 Anm 15: der Eintritt der Erben bei einer OHG nach § 139 HGB beruhe sowohl auf einem im Gesellschaftsvertrage enthaltenen Vertrag zug Dritter als auch auf Erbrecht. Auch die Rechtspr des RG ist nicht einheitl. RGZ 153, 275 [277] läßt es dahingestellt, ob die Nachfolge der Erben i die Gfterstellung auf Erbrecht oder Vertrag zug Dritter beruhe. Später stellte das RG den Satz auf: „Die Rechtsstellung, die der Erbe mit Eintr in die Ges erwerbe, beruhe zwar auf der Erbfolge, ihr Inhalt bestimme sich aber nicht nach den Grundsätzen des Erbrechts, sondern ... ausschl nach Gesellschaftsrecht", RGZ 170, 392 [394] = DR 1943, 806 = ZAkDR 1943, 235; RGZ 171, 328 [330] = DR 1943, 1228; RGZ 172, 199 [202 f]; eine nähere dogmat Begründg zu diesem Satz hat das RG nicht gegeben; nach Wolf 1549 wird die Rechtsstellg des Erben durch Zusammenwirken der erbrechtl u gesellschrechtl Komponente bestimmt. Diese Vorstellung kann wohl heute als herrschend bezeichnet werden.

[15] Donner 1205 ff, 1208; Michaelis ZAkDR 1943, 234; Schlicht 985; Wolf 1549.

[16] Man hilft sich mit der dogmat wenig überzeugenden Begründg, die personenrechtl Befugnisse seien „accessoria" des vererblichen Rechts, Michaelis aaO; Wolf aaO.

der Gesellschaft bewirkt werden. Derartiges wird aber nicht zur Voraussetzung einer Fortsetzung der Gesellschaft mit dem oder den Erben eines verstorbenen Gesellschafters gemacht. Der Erbe wird vielmehr kraft Erbfolge eo ipso Gesellschafter und übt die Mitgliedschaft in dem gesetzlich und gesellschaftsvertraglich festgelegten Rahmen aus. Es darf eben nicht übersehen werden, daß die Mitgliedschaft in vermögens- und verwaltungsrechtlicher Beziehung ein einheitliches und untrennbares personenrechtliches Rechtsverhältnis ist[17], dessen einzelne Bestandteile nicht für sich allein übertragen und vererbt werden können.

2. Nach einer anderen Ansicht wird eine Aufspaltung der Mitgliedschaft in einzelne Bestandteile bei der Vererbung zwar zutreffend abgelehnt, aber die Erbfolge ebenfalls aus § 1922 I BGB hergeleitet[18], obwohl diese Vorschrift ihrem Wortlaut nach nur die erbrechtliche Nachfolge in das Vermögen des Erblassers regelt und nicht die Erbfolge in ein personenrechtliches Rechtsverhältnis zum Gegenstande hat, als welches die Mitgliedschaft anzusehen ist[19]. Es muß daher nach einer anderen gesetzlichen Grundlage gesucht werden, die die Vererbung der Mitgliedschaft als personenrechtliches Rechtsverhältnis im Wege der Gesamtnachfolge bewirkt.

3. Wie von *Boehmer* richtig erkannt, hat die Vorschrift des § 1922 BGB nicht die Bedeutung einer den gesamten Kreis vererblicher Rechtsstellungen umfassenden Grundnorm, weil die Erbfolge (Gesamtnachfolge) nach unserem Recht nicht auf das Vermögen in seiner Bedeutung als Aktivvermögen beschränkt ist[20]. § 1922 BGB wird durch zahlreiche Einzelvorschrif-

[17] s o § 5 II.

[18] JvGierke Festschr Wieland 104; Weiler 284 ff, 288; Siebert 20 insbes Anm 28 u NJW 1955, 811; Liebisch 135 ff; KG DR 1942, 973; LG Bremen NJW 1954, 478. Etwas anderes gilt nur für die besonderen persönl Vorrechte eines Gfters. Diese erlöschen im Zweifel mit seinem Tode u können für den Nachfolger neu begründet werden, s u § 25. Dies darf mit dem personenrechtl Bestandteil der Mitgliedsch nicht gleichgesetzt werden. Auch ein Erbe, dem einzelne mitgliedschaftl Befugnisse nicht zustehen sollen, wie zB die Geschäftsführg bei einer OHG, dem vielleicht sogar gesellschaftsvertrgl die Ausübung des Stimmrechts versagt ist, besitzt immer noch andere mitgliedschftl Befugnisse, die er persönl ausüben kann, wie zB Anfechtgs-, Widerspruchs-, Kontrollrechte usw, BGHZ 14, 264 ff. Im übr schafft die Vererbg der Mitgliedsch nicht nur eine Berechtigg des Erben, wofür namentl JvGierke aaO eintritt, sondern auch eine Belastung mit Pflichten, so auch schon RGZ 16, 40 ff. Auch das Gesetz hat sich, wie JvGierke aaO 100 zugeben muß, im Sinne einer Belastg des Erben entschieden.

[19] s o § 5 I.

[20] s o Anm 5; ferner Boehmer bei Staudinger § 1922 Anm 67 ff, 149 ff; Einl z Erbrecht § 28 Anm 26 ff, vor § 1922 Anm 3. Der Begriff „Erbfolge" erschöpft sich also nicht in § 1922 BGB, vgl auch Boehmer RG-Prax III 216 ff, 247 ff, Erbfolge 25 ff, 62 ff, 97 ff.

ten ergänzt, die die Vererbung von Rechtsstellungen zum Gegenstand haben, welche nicht zum Aktivvermögen zählen. Dies betrifft vor allem die Vorschrift des § 1967 BGB, wonach der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet. Hier findet richtiger Ansicht nach eine Gesamtnachfolge in die vom Erblasser eingegangenen Verbindlichkeiten statt[21]. Als weitere Einzelvorschriften, die die Vererbung von Rechtsstellungen außerhalb des Rahmens des § 1922 BGB zum Gegenstande haben, lassen sich aufführen: § 168 BGB (Vererblichkeit der Vollmacht)[22], § 673 BGB (Vererblichkeit des Auftrags)[23], § 569 BGB (Vererblichkeit der Mieterstellung), § 857 BGB (Vererblichkeit des Besitzes), die Vererblichkeit persönlicher Rechtsstellungen als Urheber und Erfinder (§§ 8 LitUrhG; 10 KunstUrhG; 9 PatG) usw.

Derartige Sondervorschriften finden sich auch auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts. Wo bei einer Gesellschaftsform die Mitgliedschaft vererblich sein soll oder als vererblich gestaltet werden kann, findet sich jeweils eine entsprechende gesetzliche Vorschrift, wenn sich nicht aus der Struktur der Gesellschaft die Vererblichkeit der Mitgliedschaft ohnehin ergibt[24]. Es handelt sich also bei den §§ 40, 727 I BGB; 131 Zf 4; 139; 177; 505 HGB; 15 I GmbH im Grunde genommen um erbrechtliche Normen[25], wenn sie auch außerhalb des 5. Buches des BGB teilweise auf andere Gesetze verteilt sind und zugleich auch gesellschaftsrechtliche Tatbestände klären sollen.

Demnach läßt sich feststellen, daß die Vererbung der Mitgliedschaft zwar auf Grund des Erbrechts erfolgt aber außerhalb des § 1922 BGB[26]. Infolge-

[21] Weder diej, die die Schulden als Bestandteile des Vermögens auffassen, noch diej, welche die Schulden als Vermögensbelastungen betrachtet, können die persönliche, grundsätzl unbeschränkte Haftung des Erben f d Nachlaßverbindlkten dogmat richtig erklären. Folge eines bloßen Vermögens- u Schuldübergangs könnte nur eine gegenständliche beschränkte Haftung des Erben nach § 419 II BGB sein, vgl Boehmer b Staudinger § 1922 Anm 80 ff, 84, 122; Erbfolge 98 ff; RG-Prax III 216 ff, 247 ff.

[22] Erman-Boehle-Stamschraeder § 168 Anm 7: eine über den Tod des Vertreters hinaus geltende Vollmacht geht nicht nach § 1922 BGB auf den Erben über.

[23] Staudinger-Boehmer Einl z Erbrecht § 28 Anm 17 ff, 21 ff m weit Beisp; vgl a Boehmer RG-Prax III 253 ff, Erbfolge 26 ff. Der Erbe haftet daher hier ohne Beschränkbarkeit auf den Nachlaß, Staud-Boehmer § 1922 Anm 122; s a § 884 BGB.

[24] Wenn sich aus der Natur der Beteiligung ein vorwiegend vermögensrechtl Interesse ergibt, wird auf Grund der betr Gesellschaftsstruktur die Vererbung der Mitgliedsch ohne weiteres anzunehmen sein. Dies gilt vor allem bei der Aktie (kritisch JvGierke § 40 II 2 a, der die gesetzl Festlegung des Grundsatzes d Veräußerlichkt u Vererblkt für volkstümlicher gehalten hätte), auch hinsichtl der Mitgliedsch bei einem VVaG, JvGierke, Die VVaG nach dt Recht, Stuttgart 1942 (Beiheft ZHR Nr 20) S 43.

[25] Für erbrechtl Wirkung des § 139 Koenige HGB, Berlin 1936, § 139 Anm 3; Neukirch 58.

dessen kann die Mitgliedschaft auch nicht zum Nachlaß gehören[27], weil dieser nur das nach § 1922 BGB vererbliche Vermögen umfaßt. Wenn auch die Mitgliedschaft als personenrechtliches Rechtsverhältnis nicht zum Vermögen nach § 1922 BGB und somit auch nicht zum Nachlaß gehört, so gehört sie doch zur Erbschaft, die als Summe aller vererblichen Rechtsbeziehungen im Vergleich zum „Nachlaß" als der weitere Begriff aufgefaßt werden kann[28]. Folgt man der hier vertretenen Ansicht einer außerhalb des Nachlasses stattfindenden Erbfolge in die Mitgliedschaft auf Grund bestehender erbrechtlicher Sondervorschriften, dann ist es auch gerechtfertigt, insoweit von einer Sondererbfolge oder der Erbfolge in ein Sondergut zu sprechen[29].

Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß der Erbe, der in das Gesellschaftsverhältnis einrückt, zugleich auch neuer Gesellschafter wird[30], der selbständig neue Rechtsbeziehungen auslösen und neue Ämter und eigene Sonderrechte erwerben kann[31]. Die Vererbung der Mitgliedschaft als personenrechtliches Rechtsverhältnis darf nicht so verstanden werden,

---

[26] Diese Unterscheidung wurde bisher nicht klar erkannt, vgl namentl JvGierke Festschr Wieland 104. Erstmals geht eigentl Siebert NJW 1955, 810 auf diese Problematik näher ein; er hält § 1922 BGB zumindest für analog anwendbar.

[27] Gegen die Zugehörigkt der Mitgliedsch zum Nachl mit bes eingeh Begründung Liebisch 130, 133 ff, 137; ferner Dür-Hach-Flechtheim § 139 Anm 15, 22; Weipert Anm 13, 32, 33, 73 b, § 177 Anm 16; Baumbach-Duden § 177 Anm 1 B; Staudinger-Boehmer § 1922 Anm 162; Hueck OHG 268 f; RGZ 170, 392 [394]; DR 1943, 1228/29 = RGZ 171, 328, 330; zu weitgehend Erman-Hense § 2205 Anm 5 (s u); aA Kipp-Coing § 61 III 3 c, § 87 III 4; Michaelis ZAkDR 1943, 234; Weiler 283 ff, 288; LG Bremen NJW 1954, 477 m krit Anm v Hueck; Schlicht 984; Wolf 1549; Donner 1209; Neukirch 58; Buchwald AcP 154, 22 ff (z T alle mit abweichd Begrdg). — Auch OLG Hamburg 29. 7. 54 MDR 1955, 43 rechnet die Mitgliedsch nicht zum Nachl, aber mit der Begrdg aus §§ 328, 331 BGB; dies ist ein völlig anderer Gesichtspunkt, näheres üb Vertrag zug Dritter s u § 38. — Widersprchd Siebert 20: beim Alleinerben gehört Mitgliedsch zum Nachl, nicht aber bei Erbengem, aaO 21, ebenso NJW 1955, 810 f.

[28] Liebisch 137 f, 150; auch das Gesetz scheint in ähnl Weise die Begr „Nachlaß" u „Erbschaft" zu unterscheiden, aA die hM, s o Anm 5; jedoch kommt Boehmer üb den Begriff „Erbfolge" im Ergebnis zu den gleichen Folgerungen wie Liebisch, s o Anm 20.

[29] Liebisch 133 ff, 138 (der aber die Mitgliedsch überhpt als ein Sondergut bezeichnet); Siebert 23 ff, NJW 1955, 811; Staudinger-Boehmer § 1922 Anm 162. — Doch ist diese „Sondererbfolge" von der des Höferechts (s o § 6 II), die auf einer ganz anderen Regelung beruht, prinzipiell zu unterscheiden.

[30] Feine 391; RGZ 153, 274 [278]; Liebisch 133; Dür-Hach-Flechtheim § 131 Anm 7.

[31] s o Anm 18; näheres darüber s u § 25.

als setze der Erbe insoweit die Persönlichkeit des Erblassers fort[32]. Die Erbfolge schafft für ihn nur den Erwerbsakt für das personenrechtliche Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft, das als solches weder neu ersteht noch nach § 1922 BGB erworben werden kann.

4. Die Auffassung der erbrechtlichen Nachfolge in das Mitgliedschaftsverhältnis als „Sondererbfolge" ist umso mehr gerechtfertigt, als der Inhalt des „gesellschaftsrechtlichen Erbrechts", wie man es bezeichnen kann, in erster Linie den typischen Bedürfnissen des Gesellschaftsverhältnises angepaßt sein muß. Das frühere Reichsgericht hat dies in Bezug auf die OHG durch folgende Formel ausgedrückt[33]:

> „Die Rechtsstellung, die der Erbe mit dem Eintritt in die OHG erwirbt, beruht zwar auf der Erbfolge, ihr Inhalt bestimmt sich aber nicht nach den Grundsätzen des Erbrechts, sondern sowohl im Innen- und Außenverhältnis wie auch personen- und vermögensrechtlich ausschließlich nach Gesellschaftsrecht."

Die damit zum Ausdruck gebrachte Prävalenz des Gesellschaftsrechts vor dem Erbrecht sowie die Herausnahme der Mitgliedschaft aus dem Nachlaß sind teilweise angegriffen worden[34]. Insbesondere zwei Argumente spielen dabei eine Rolle: der Erbe könne sich mit dem ererbten Gesellschaftsanteil der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten und der Zahlung der Erbschaftssteuer entziehen[35].

In der Tat geht die obige Formulierung des RG zu weit[36]. Andererseits treffen aber auch die gegen eine Herausnahme der Mitgliedschaft zu erhebenden Bedenken nicht zu. Dies bedarf noch einiger Ausführungen.

5. Bisher wurde nur die Vererbung der Mitgliedschaft als personenrechtliches Rechtsverhältnis, d h die Vererbung der Mitgliedschaft in ihrer Innenwirkung behandelt. Wie aber bereits schon in der Einleitung näher ausgeführt worden ist, erscheint die Mitgliedschaft in ihrer Außenwirkung als ein Vermögensrecht, das im Vermögenswert der Mitgliedschaft

[32] Die frühere Lehre von der Persönlichkeitsfortsetzung durch Erbfolge ist nach der heutigen Rechtsauffassung abzulehnen, s darüber Staudinger-Boehmer § 1922 Anm 101; Palandt-Rechenmacher Üb vor § 1922. Es gibt keine „erbrechtl Seelenwanderungstheorie", vgl a Staud-Boehmer Einl z Erbrecht § 4 III. — Die Erbfolge ist also auch dann keine Persönlichkeitsfortsetzung, wenn sie in ein personenrechtl Rechtsverh stattfindet.

[33] vgl bei Anm 14.

[34] Michaelis ZAkDR 1943, 233 f; RdW 1944, 192 ff; Donner 1205 ff; Weiler 287 ff; Schlicht 985.

[35] Dies kann schon im Hinblick auf § 2 ErbschStG zweifelhaft sein, wo der Begriff „Erwerb von Todes wegen" sehr weit gefaßt ist.

[36] So auch Siebert 5.

seinen Ausdruck findet[37]. Dieser Vermögenswert der Mitgliedschaft ist Nachlaßgegenstand[38] und vererbt sich nach § 1922 BGB. Das bedeutet im einzelnen, daß in allen individualrechtlichen Beziehungen, in denen an die Mitgliedschaft bzw den Gesellschaftsanteil in wertmäßiger Hinsicht angeknüpft wird, die Lage rechtlich so beurteilt wird, als habe sich ein Vermögensobjekt oder eine Verbindlichkeit vererbt. Somit unterliegt auch der Vermögenswert der Mitgliedschaft der Erbschaftssteuer[39] und dem Zugriff der Nachlaßgläubiger[40], sei es daß sich der Vermögenswert der Mitgliedschaft in Form eines selbständigen, veräußerlichen Gesellschaftsanteils oder in Gestalt übertragbarer und bei Auseinandersetzung realisierbarer Gesellschafterrechte nach § 717 S 2 BGB darstellt. Ferner bleibt der Vermögenswert der Mitgliedschaft als Nachlaßgegenstand den Erben zur Abfindung und Auseinandersetzung erhalten[41], und sie haften für die auf ihm ruhenden geldlichen Leistungen als Nachlaßverbindlichkeiten. Auf Einzelheiten soll hier noch nicht eingegangen werden.

IV. Es ergibt sich also aus der Doppelnatur der Mitgliedschaft einerseits als personenrechtliches Rechtsverhältnis im Verhältnis zur Gesellschaft und andererseits als Vermögensobjekt für außergesellschaftliche Rechtsbeziehungen[42] eine eigenartige Erbfolgeregelung[43]. In Bezug auf das personenrechtliche Rechtsverhältnis bestimmt das Gesellschaftsrecht allein darüber, ob die Mitgliedschaft vererblich ist und wie sich die Rechtsstellung des Gesellschafter-Erben im einzelnen regelt. In der Erscheinungsform als Vermögensobjekt interessiert rein individualrechtlich nur die Vererbung des Vermögenswerts der Mitgliedschaft. Er muß daher nach den Bestimmungen der §§ 1922 ff BGB als Nachlaßgegenstand unabhängig vom erbrechtlichen Schicksal der Mitgliedschaft vererblich sein. Denn nicht nur der Erblasser selbst oder der Erbe, sondern auch der Rechtsverkehr hat ein Interesse daran, daß der Vermögenswert der Mitgliedschaft nicht mit dem Tode des Gesell-

[37] s o § 5 III.

[38] Unzutr daher Erman-Hense § 2205 Anm 5: „Die Beteiligung als Vermögenswert scheidet aus dem Nachlaß aus", ähnlich Siebert 21.

[39] Vgl Erlaß der FinBehörde Hamburg v 26. 1. 1954 DStZ 1954, 290.

[40] Weipert § 139 Anm 73; Liebisch 138.

[41] Weipert § 139 Anm 12 aE. Zutr auch Wolf 1551. Obwohl er aaO 1549 die Mitgliedsch zum Nachlaß zählt (s o Anm 27), muß er aaO 1551 einräumen, daß die Gesellschaftsbeteiligung mit dem Nachl nichts zu tun habe, wohl gehöre aber der Abfindungsanspr z Nachl; so a Liebisch 152.

[42] s o § 5 III 1.

[43] Vgl hierzu auch die Parallelität zur Vererbung eines Urheberrechts od eines Patents. Hier wird zwischen einer Erbfolge in den persönlichkeitsrechtl Teil u einer Erbfolge u in die vermögensrechtl Befugnisse des Rechts unterschieden; Ulmer, Urheber- u Verlagsrecht, 1951, 210; Klauer-Möhring, PatG, Berlin 1940, § 9 Anm 2.

schafters verschwindet oder unkontrollierbar auf andere Personen übergeht. Es entsteht hierbei nur die Frage, wie der Vermögenswert der Mitgliedschaft aus der abgeschlossenen Beteiligung herausgelöst werden kann, d h in welcher Weise die Auflösung der Gesellschaft oder die Abschichtung der Erben erfolgt[44].

V. Abschließend läßt sich für die GmbH feststellen: Wenn das Gesetz den Geschäftsanteil für vererblich erklärt, so liegt die Bedeutung des § 15 I darin, daß neben der Vererbung des Geschäftsanteils als außermitgliedschaftliches Vermögensrecht, die an sich schon nach § 1922 I BGB erfolgt, auch die Erbfolge in den Geschäftsanteil als personenrechtliches Mitgliedschaftsverhältnis festgelegt wird[45].

Durch die Erbfolge in den Geschäftsanteil wird der Erbe also eo ipso Gesellschafter der GmbH. Welche Probleme sich aus dem Erwerb der mitgliedschaftlichen Stellung durch den Erben im einzelnen ergeben, soll in den nachfolgenden Ausführungen behandelt werden.

2. Abschnitt: Die Rechtsstellung des Erben als Mitglied

ERSTES KAPITEL

Der Eintritt des Erben in die Mitgliedschaft

I. Der Alleinerbe als Gesellschafter

§ 9 1. Erbantritt

Ist nur ein Erbe vorhanden, so erhält er mit der übrigen Erbschaft zusammen auch den Geschäftsanteil des Erblassers und dadurch dessen Mitgliedschaft in der GmbH. Der Erbe ist nunmehr deren Gesellschafter. Will er dieser Folge entgehen, so muß er die Erbschaft ausschlagen (§ 1950 BGB). Er gilt dann nicht als Erbe und hat auch nicht die Mitgliedschaft erworben. Der nach ihm berufene Erbe ist rückwirkend mit dem Erbfall an seine Stelle getreten (§ 1953 BGB) und Gesellschafter geworden. Dies ergibt sich aus den allgemeinen Regeln der Gesamtnachfolge, die auch bei der Vererbung einer Mitgliedschaft Anwendung finden. Da der ausschlagende Erbe in einem solchen Falle niemals Gesellschafter gewesen ist, haftet er demnach auch nicht als Vormann nach §§ 16 III, 22 für rückständige Leistungen und die Einlage[1]. Die Frage, in welcher Weise ihm gegenüber vorgenommene Rechtshandlungen der Gesellschaft Wirkungen im Verhältnis zum endgültigen Erben äußern, müßte nach allgemeinen Vorschriften (§ 1959 BGB) beantwor-

[44] s u §§ 42 ff.

[45] Becker RdGmbH 1937, 216.

[1] Becker RdGmbH 1937, 217; Scholz CR 1948, 50 (III).

tet werden. Es ist jedoch im Interesse der Gesellschaft anzunehmen, daß die Mitgliedschaft während des Schwebezustandes bis zur Annahme der Erbschaft ruhen soll, auch wenn die Satzung dies nicht ausdrücklich vorschreibt. Denn die Annahme hat hier wegen des damit vollzogenen Beitritts des Erben zur Gesellschaft eine besondere Bedeutung, wie sich noch bei der Frage der Haftung des Erben für gesellschaftliche Verbindlichkeiten und persönliche Leistungen zeigen wird. Trotzdem kann es aber sein, daß Rechtshandlungen seitens der Gesellschaft dem Erben als solchen gegenüber vorgenommen werden müssen, weil die Gesellschaft bis zur Annahme der Erbschaft die Rechtshandlung nicht aufschieben kann. Hier gilt § 1959 III BGB. Ist eine solche Rechtshandlung vorzunehmen, aber der Gesellschaft kein Erbe bekannt, dann ist gemäß § 1960 BGB ein Nachlaßpfleger zu bestellen.

2. Legitimation und Anmeldung § 10

I. Der durch Erbfolge berufene Nachfolger braucht sich im Unterschied zum Nachfolger durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht nach § 16 bei der Gesellschaft anzumelden[1]. Um sich als Erbe ausweisen zu können, wenn er als Gesellschafter auftreten will, bedarf es eines Erbscheines (§§ 2353 ff BGB)[2]. Andererseits hat die Gesellschaft den Beweis zu erbringen, wenn sie einen Erben als Gesellschafter in Anspruch nehmen will. Ebenfalls wird die Gesellschaft von ihrer Leistungspflicht (z B bei Gewinnauszahlung) nur befreit, wenn sie an den richtigen Erben leistet.

II. Um diesen Ungewißheiten und Schwierigkeiten zu entgehen, kann durch Gesellschaftsvertrag die Anmeldung nach § 16 I auch für den Erben vorgeschrieben werden[3]. Die Anmeldung hat dann ebenfalls unter Nachweis des Rechtsüberganges zu erfolgen, d h der anmeldende Erbe hat sich als solcher durch Erbschein auszuweisen[4]. Auf jeden Fall hat die Anmeldung hier nur Legitimationswirkung und keine konstitutive Wirkung für den Erwerb der Mitgliedschaft[5]. Denn der Übergang des Geschäftsanteils vollzieht sich im Wege der Gesamtnachfolge von selbst. Schreibt der Gesellschaftsvertrag

[1] Hierzu und zum folgenden Scholz § 16 Anm 8; CR 1948, 50; Becker aaO 217 ff.

[2] Becker aaO.

[3] Die Anmeldung kann auch den Zweck haben, die Gesellschaft vor Unannehmlichkeiten durch unbekannte Erben, die nicht nach § 51 zur Gesellschaftsversammlung geladen werden konnten, zu schützen, Neukamp 541 f.

[4] *Becker* hält es im Interesse der Gesellschaft auch für empfehlenswert, die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der letztwilligen Verfügung zu verlangen. Dies wird der Gesellschaftsvertrag nicht wirksam vorschreiben können. Für Legitimationszwecke ist allein der Erbschein das gesetzlich vorgeschriebene und zuverlässige Mittel.

[5] Für die Einzelnachfolge nehmen Feine 370 ff, 387 ff und Ruth ZHR 88, 454 ff eine konstitutive Wirkung als „Eintrittserklärung" an (s o § 5 Anm 17); dagegen die h M Scholz § 16 Anm 1, 3; Baumbach § 16 Anm 3; RGZ 127, 236 [240].

dennoch die Anmeldung vor, dann kann dies materiell an der Stellung des Erben als Gesellschafter nichts ändern, sondern soll für die Gesellschaft nur eine Sicherung bedeuten. Die Gesellschaft läßt dann nur den Angemeldeten als Gesellschafter zu. Sie kann an ihn mit befreiender Wirkung leisten. Dagegen wird man sie nicht für verpflichtet halten dürfen, sich wegen der gesellschaftlichen Leistungen nur an den Angemeldeten zu halten[6]. Denn es könnte sein, daß sich überhaupt kein Erbe oder von mehreren Miterben nur der wirtschaftlich schwächste anmeldet.

Wichtig ist die Frage, wie die Gesellschaft davor geschützt werden kann, daß sie Rechtshandlungen und Leistungen gegenüber einem nicht mehr existierenden Gesellschafter vornimmt oder bewirkt. Hier wird man eine Pflicht des Erben, den Tod des Gesellschafters unverzüglich anzuzeigen, unter entsprechender Anwendung der §§ 137 III HGB; 727 II BGB annehmen müssen[6a].

Man müßte meinen, daß die Legitimationsprüfung für die Gesellschaft dann erleichtert sei, wenn über die Geschäftsanteile Anteilscheine ausgegeben sind[7]. Könnte sich die Gesellschaft in einem solchen Falle mit der Vorlage des Scheins begnügen, um den Erben als Gesellschafter anzuerkennen?

Die Anteilscheine bei der GmbH sind keine Wertpapiere, sondern nur Beweisurkunden[8]. Sie dienen dazu, dem Gesellschafter sowohl Dritten als auch der Gesellschaft gegenüber den Beweis der Mitgliedschaft zu erleichtern. Im übrigen entbehrt die Beweisurkunde der wertpapierrechtlichen Wirkung[9], ihre Übertragung kann nicht die in ihr verbrieften Rechte für den Erwerber begründen. Auch eine Ausgestaltung des Anteilscheins mit Wirkung nach § 808 BGB ist nicht möglich. Denn die Gesellschaft darf sich nicht mit der Vorlage des Scheins begnügen, sondern muß immer den Nachweis des Rechtsüberganges fordern, entweder nach § 16 I oder bloß durch Vorlage eines Erbscheines.

Selbst wenn nach § 15 V durch Gesellschaftsvertrag die Übertragung des Anteilscheins als weitere Voraussetzung der Abtretung vorgeschrieben ist[10],

[6] So Becker 218; entspr wie hier RGZ 79, 162

[6a] aA Becker RdGmbH 1937, 290 ohne Begründung; vgl a u § 20.

[7] Daß dies zulässig ist, entspricht allg M.

[8] Scholz § 14 Anm 18; Hachenburg § 15 Anm 60; Exkurs zu § 14 Anm 2; Feine 289; RGZ 57, 414, allg M.

[9] Über den Unterschied zwischen Beweisurkunde und Wertpapier s Hueck, Recht der Wertpapiere, 6. Aufl, 1954, 1 ff.

[10] s dazu Scholz aaO; Hachenburg Exkurs zu § 14 Anm 7; Fränkel 167. Naegel, Die Mitgliedschaftspapiere, Heidelberger rechtswiss Abh Heft 22, 1937, 14 f sieht darin die Ausgestaltung des Anteilscheins zum Rektapapier. Die Möglichkeit der Schaffung von Wertpapieren durch Privatautonomie ist jedoch zweifelhaft, vgl Locher, Wertpapiere, Tübingen 1947, 150.

würde dem Anteilschein damit noch keine wertpapierrechtliche Wirkung zukommen. Eine derartige Vorschrift hätte keine andere Bedeutung als die einer weiteren Voraussetzung der Abtretung[11].

Auch dem Erben könnte der Anteilschein nicht als Legitimationsersatz gegenüber der Gesellschaft dienen, denn aus seiner Innehabung allein ginge noch nicht die Berechtigung des Erben hervor. Es ergibt sich also, daß für die Erbenlegitimation der Anteilschein von keiner besonderen Bedeutung ist.

III. Der Gesellschaftswechsel durch Erbfolge braucht im Unterschied zur OHG von der Gesellschaft nicht zum Handelsregister angemeldet zu werden. Der Erbe ist aber in die Gesellschafterliste nach § 40 aufzunehmen.

II. Die Erbengemeinschaft als Gesellschafter

1. Gesamtmitgliedschaft und Mitgliedsgemeinschaft

§ 11

Hat der Gesellschafter einer GmbH mehrere Erben, dann fällt ihnen der Geschäftsanteil gemeinschaftlich zu (§ 18 I). Dies wirft in Bezug auf die Mitgliedschaft besondere Fragen auf.

Nach h M kann eine Erbengemeinschaft als solche keine Gesellschafterstellung erwerben[1]. Dies beruht aber nicht darauf, daß die Erbengemeinschaft nicht rechtsfähig ist und daher keine gesellschaftlichen Rechte und Pflichten übernehmen kann[2], sondern hat seinen alleinigen Grund in Wahrheit darin, daß eine Erbengemeinschaft immer nur hinsichtlich eines Nachlaßgegenstandes besteht (§§ 1922 II, 2032 I BGB)[3]. Zum Nachlaß gehört aber die Mitgliedschaft nicht[4].

Bei einer Personalgesellschaft, wo die einzelne Persönlichkeit des Gesellschafters im Vordergrund steht, sind die Schwierigkeiten der Wahrnehmung einer Gesellschafterstellung durch eine Erbengemeinschaft evident. Bei

[11] Hachenburg aaO; unrichtig daher Naegele aaO.

[1] Bezügl GmbH: Scholz § 2 Anm 4, § 5 Anm 8 u JR 1955, 331; Baumbach § 2 Anm 2 D; OLG Stuttgart RJA 2, 130; KG OLGR 14, 324; KGJ 33, 135; bezügl OHG: Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm 15; Weipert Anm 25; Hueck OHG 231, 265 f; Siebert 21 u NWB 50; RGZ 16, 40 [56]; KGJ 49, 268; KG HRR 1935, 794 ua; bezügl KG: RGZ 171, 328 = DR 1943, 1228; Dresden OLGR 40, 190 = ZAK 1919, 46; Dür-Hach-Fl § 177 Anm 5; Weipert Anm 16; Donner 1205; Siebert NWB 62; Brzezinski NJW 1947/48, 377 (aA JvGierke § 37 VIII; Wieland I 770; Knur 169, 181 u früher RGZ 123, 366 [369]); bezügl bG: Staudinger-Geiler § 727 Anm 6; Würdinger I 95; H. Lehmann 79.

[2] So Scholz aaO; Weipert aaO; Siebert aaO; RGZ 123, 369; 171, 328 ff. Gegen diese Begründg Liebisch 134 f; Rob. Fischer JZ 1954, 427.

[3] Liebisch 139; Staudinger-Boehmer § 1922 Anm 162.

[4] s o § 8 III 3 Anm 27. — RGZ 171, 51 [53] unterscheidet zutr zw dem Vermögen der OHG als lebender Ges u dem Nachlaßverm, das nur der Auseinandersetzg dient. Erbengem nur an letzterem mögl.

Kapitalgesellschaften, und damit auch bei der GmbH, wird die Beteiligung einer Erbengemeinschaft wenigstens bei der Gründung der Gesellschaft abgelehnt[5]. Dem steht jedoch die Vorschrift des § 18 gegenüber, der die gemeinsame Innehabung eines Geschäftsanteils durch mehrere Mitberechtigte offensichtlich zuläßt. Im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses läßt es sich oft gar nicht vermeiden, daß durch Veräußerung und Vererbung an die Stelle eines Anteilsberechtigten deren mehrere treten[6]. Die GmbH hat zwar die Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen, daß die Veräußerung bzw Abtretung an mehrere Personen nicht stattfinden darf. Ist eine Genehmigung für die Abtretung vorgeschrieben (§ 15 V), dann kann sie bei Abtretung an mehrere Personen versagt werden. Ob die Gesellschaft auch die Möglichkeit hat, die Erbfolge in den Geschäftsanteil so zu gestalten, daß immer nur ein Erbe Mitglied wird, soll an dieser Stelle nicht erörtert werden[7]. Liegt eine solche Bestimmung nicht vor, dann läßt sich jedenfalls der Übergang des Geschäftsanteils an eine Erbengemeinschaft nach § 18 nicht verhindern. Erhält sie aber den Geschäftsanteil ungeteilt, dann muß sie auch die Mitgliedschaft gemeinschaftlich erwerben können.

Dieses Ergebnis steht scheinbar in Widerspruch zu der eingangs getroffenen Feststellung, daß eine Erbengemeinschaft keine Mitgliedschaft erwerben könne, weil die Mitgliedschaft kein Nachlaßgegenstand sei. Die Lösung ergibt sich jedoch aus der Überlegung, daß § 18 nirgends vorschreibt, die Personenmehrheit, die den Geschäftsanteil durch Erbfolge erwirbt, müsse im Verhältnis zur Gesellschaft als Erbengemeinschaft behandelt werden[8]. Ebenso wie der Alleinerbe in die Gesellschaft nicht als Erbe, sondern als Gesellschafter einrückt, genauso werden die mehreren Erben einer Erbengemeinschaft nicht als solche, sondern als gemeinsam Mitberechtigte Gesellschafter[9]. Alle Miterben gelten dabei zusammen als ein Gesellschafter[10]. Das Prinzip der Einzelmitgliedschaft, das für Personalgesellschaften gilt, läßt

[5] s o Anm 1. Hierbei werden die §§ 3 I Zf 4; 5 I zur Begrdg angeführt; aA Hachenburg § 2 Anm 27; Fischer JZ 1954, 427.

[6] Es ist daher *Hachenburg* u *Fischer* Recht zu geben, wenn sie es für unlog halten, daß das, was im Laufe des Ges verh mögl u zuläss ist, bei der Gründg der Ges anders sein soll. Entgegen Scholz JR 1955, 332 ist daher auch Abtretg eines Geschäftanteils unter Lebenden an Erbengem mögl; diese kann auch bei Kaperhöhung einen Geschanteil übnehmen.

[7] s u § 43.

[8] Es ist zB nicht wie in § 146 I 2 HGB für die aufgelöste OHG vorgeschrieben, daß mehrere Erben einen gemeinsamen Vertreter bestellen müssen.

[9] Für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht spricht auch die rechtl Gleichbehandlung der mehreren Miterben mit anderen Mitberechtigten einer Personenmehrheit am Geschäftsanteil nach § 18 III: lediglich für die Dauer eines Monats seit Anfall der Erbschaft tritt eine bes Behandlung der Erbengemeinschaft ein (ebenso § 63 III AktG).

[10] Zutr Hachenburg § 2 Anm 27.

sich bei der GmbH als Kapitalgesellschaft in Bezug auf die Erbfolge in den Geschäftsanteil durch mehrere Personen nicht durchführen[11]. Die mehreren Mitberechtigten am Geschäftsanteil bilden bezüglich der Mitgliedschaft ein Gemeinschaftsverhältnis, eine Mitgliedsgemeinschaft. Diese ist am besten als besondere Form einer Gesamthandsgemeinschaft zu erklären[12]. Für die Gesellschaft werden dadurch in verschiedener Weise Unzuträglichkeiten vermieden, die aus dem jeweiligen Gemeinschaftsverhältnis der Mitberechtigten in sie hineingetragen werden könnten. Wodurch ist beispielsweise die Gewähr gegeben, daß die Erbengemeinschaft einheitlich handelt oder einen einheitlichen Willen kundgibt wie ein Einzelgesellschafter? Die Schwierigkeiten einer zweckentsprechenden gemeinschaftlichen Verwaltung des Nachlasses (§ 2038 BGB) treten bei einer Erbengemeinschaft häufig in Erscheinung. § 18 I schreibt daher ebenso wie § 63 I AktG vor, daß die Mit-

[11] Scholz § 18 Anm 8, aber auch CR 1948, 50, scheint jeden einzelnen Miterben als Gesellschafter anzusehen. Da er aber andererseits keinen Zweifel darüber läßt, daß die Miterben den Geschäftsanteil gemeinschaftl erwerben, ist darin entw eine terminologische Ungenauigkt zu sehen od eine Unterscheidg der Begriffe „Geschäftsanteil" u „Mitgliedschaft" (s o § 7 Anm 4). Jedenfalls ist der Auffassung entgegenzutreten, daß mehrere Erben mit dem Erbfall je eine Mitgliedschaft erwerben. Dies ist bei der GmbH strukturell im Gegensatz zu den Personalgesellschaften nicht möglich. Bei diesen nimmt die hM heute an, daß jeder Miterbe gleich bei Eintritt in die Ges über eine eigene Mitgliedschaft verfüge (s o Anm 1). Dies ist deshalb möglich, weil sich hier der der Mitgliedschaft (bzw dem Ges Anteil) zugrundeliegende Kapitalanteil des Erblassers automatisch in selbständige, den Erbteilen entspr Kapitalanteile zerlegt (RG DR 1941, 1084 ff). Bei der GmbH entspricht die „Stammeinlage" funktionell zwar in etwa dem „Kapitalanteil" der Personalges (s o § 7 Anm 6), aber die Gfter haften nicht wie bei diesen den Ges gläubigern persönl. Deshalb erfüllt die Stammeinlage, auf der sich das Stammkapital als Haftungsfonds der Gesellschaftsgläubiger aufbaut, auch eine Sicherungsfunktion (s o § 7 Anm 5). Diese verbietet eine unkontrollierbare, von selbst eintretende Teilung, die die Stammkapitalverhältnisse unübersichtlich machen könnte. Aus diesem Grunde kann eine automatische Teilung des Geschäftsanteils u damit der Mitgliedschaft bei der GmbH nicht eintreten. Eine Teilung ist nach § 17 IV nur in Verbindung mit § 5 I, III also unter entsprechender Teilung der Stammeinlage in Stücke vorgeschriebener Mindestgröße statthaft. Derartiges kann nicht von selbst eintreten. Ein Einrücken mehrerer Erben in selbständige Mitgliedschaften (Geschäftsanteile) unter gleichzeitiger Teilung der Stammeinlage ist daher bei der GmbH unmöglich (Scholz § 17 Anm 6) u kann daher auch nicht durch Gesellschaftsvertrag eingeführt werden. Solange aber der Geschäftsanteil mehreren gemeinsam zusteht, besitzen diese nur eine Mitgliedschaft. Unzutr daher auch Burger 70 f, der nur bzgl d Haftung den einzelnen Miterben als Gesellschafter ansieht, s u §§ 18 ff.

[12] a A die hM, die grundsätzlich Bruchteilsgemeinschaft annimmt, Scholz § 18 Anm 1, 8; Baumbach Anm 2. Die Rechtsform der Gemeinschaft, wie sie sich im Außenverh darstellt, ist aber vom Mitgliedschaftsverh in der Innenwirkung zur GmbH zu unterscheiden.

[13] Das Wort „ungeteilt" in § 18 I ist nicht auf das Verh der Mitberechtigten zu

berechtigten die Rechte aus dem ungeteilten[13] Geschäftsanteil (Aktie) nur gemeinschaftlich ausüben können. Demnach ist „gemeinschaftlich" hier im Sinne von § 709 I BGB zu verstehen, d h für jede Rechtshandlung ist die Zustimmung aller Mitberechtigten erforderlich. Eine gemeinschaftliche Verwaltung durch Stimmenmehrheit (§§ 744, 745 BGB) ist ausgeschlossen[14]. Offensichtlich weicht also das Gesellschaftsrecht von dem sonst anwendbaren § 2038 BGB ab[15]. Der Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters durch die Miterben stünde allerdings nichts im Wege, wie sich aus § 18 III ergibt. Vertreter könnte selbstverständlich auch einer der Miterben sein.

Das Gesetz hat also die Tendenz, den anomalen Zustand der Rechtszuständigkeit mehrerer Personen an einer Mitgliedschaft so zu regeln, als ob nur ein Gesellschafter vorhanden wäre. Das kommt besonders in § 18 III zum Ausdruck, wonach seitens der Gesellschaft einem Anteilinhaber gegenüber vorgenommene Rechtshandlungen[16] auch Wirkung für und gegen alle übrigen Mitberechtigten haben. Den Erben ist in § 18 III 2 eine besondere Schonfrist gegeben: vor Ablauf eines Monats seit Anfall der Erbschaft muß die Rechtshandlung jedem Miterben gegenüber vorgenommen werden.

Scholz erblickt ein besonderes, bisher noch ungeklärtes Problem in der Berechnung der Monatsfrist[17]. Es sei nicht klar, was das GmbHG unter „Anfall der Erbschaft" verstehe. Das BGB unterscheide „den Erbfall" (Todestag des Erblassers, §§ 1922, 1946 BGB) und den „Anfall der Erbschaft" an den konkreten Erben (§ 1942 BGB). Das GmbHG sei älter als das BGB, § 18 sei diesem nicht angepaßt worden.

Richtig ist, daß begrifflich zwischen dem „Erbfall" und dem „Anfall der Erbschaft" ein Unterschied besteht. Das bedeutet aber nach BGB keine Verschiedenheit der Zeitpunkte. Mit dem Erbfall erfolgt gleichzeitig auch der Anfall der Erbschaft. Dies entspricht dem Anfallprinzip[18]. Auch wenn ein Miterbe die Erbschaft ausschlägt, fällt nach § 1953 II BGB sein Anteil dem nächst berufenen Erben im Zeitpunkt des Erbfalls an. Man darf den Anfall der

beziehen (so Baumbach § 18 Anm 1 A u anschnd a Scholz § 18 Anm 3), sondern im Unterschied zum geteilten Geschäftsanteil nach § 17.

[14] Näheres s u § 28.

[15] Scholz § 18 Anm 1, 5 sieht in § 18 I kein Sondergesetz, sondern ein Analogon zu § 2033 II BGB. Die Beschlußfassung in mitgliedschaftlichen Angelegenheiten ist aber keine Verfügung über einen Nachlaßgegenstand. Darin daß § 18 I nicht nur für die Erbengemeinschaft gilt, gleichgültig, ob sie noch ungeteilt ist oder sich schon auseinandergesetzt hat, sondern auch für jede andere Gemeinschaft nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand, liegt gerade die besondere Funktion des § 18 I. Das Recht der GmbH hat gegenüber dem der an ihr beteiligten Gemeinschaften den Vorrang.

[16] Nur einseitige Rechtsgeschäfte sind gemeint, Baumbach § 18 Anm 4 c.

[17] Komm § 18 Anm 15; CR 1948, 50 Anm 19.

[18] Dazu Boehmer Erbfolge 13 ff; Erman-Bartholomeyczik nennt es „Vonselbsterwerb".

Erbschaft nicht mit der Ausschlagungsfrist verwechseln, die für jeden Erben gesondert läuft. Der Anfall der Erbschaft findet für alle Erben im Zeitpunkt des Erbfalles statt, so daß die Monatsfrist im § 18 III für alle Erben einheitlich läuft[19]. Es müßte überdies auch eigenartig erscheinen, wenn der Gesetzgeber bei der Angleichung des GmbHG an das BGB, die auf Grund des Art 13 EGHGB durch Gesetz vom 20. 5. 1898 erfolgt ist[20], den § 18 III übersehen haben sollte. Die gleiche Vorschrift findet sich auch im § 63 III 2 AktG, das aus dem Jahre 1937 stammt[21].

Was bezüglich Legitimation und Anmeldung beim Alleinerben gesagt ist, gilt entsprechend auch für die Erbengemeinschaft. Den Erbennachweis kann sie durch einen gemeinschaftlichen Erbschein führen (§ 2357 BGB). Die Anmeldung nach § 16 würde gmeinschaftlich zu erfolgen haben, wenn die Anmeldung ausnahmsweise vom Gesellschaftsvertrag für den Erben vorgeschrieben ist. Bestellen die Erben einen gemeinschaftlichen Vertreter, dann braucht dieser nicht angemeldet zu werden[22]. Entsprechend § 47 III genügt für ihn eine schriftliche Vollmacht. In der Gesellschafterliste nach § 40 ist zum Ausdruck zu bringen, daß die Miterben über einen gemeinschaftlichen Geschäftsanteil verfügen[23]. Denn in Wirklichkeit liegt nur e i n e Mitgliedschaft vor.

2. Anteil an der Mitgliedschaft § 12

Dem einzelnen Miterben steht nur ein „Anteil" an Geschäftsanteil und Mitgliedschaft zu. Hierbei erhebt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen er über diesen Anteil verfügen darf. Dies ist in erster Linie eine das Gemeinschaftsverhältnis der Miterben betreffende individualrechtliche

[19] So im Ergebnis auch Scholz aaO; vgl über den Rechtszustand vor Erlaß des BGB Förtsch § 18 Anm 4: der Anfall der Erbschaft (Delation) sei nicht immer mit dem Todeszeitpunkt gleichzusetzen. — Offenbar beruht auf dieser gemeinrechtlichen Verschiedenheit der Zeitpunkte von Erbfall (Tod) und Erbanfall durch Annahmeerklärung des Erben (Delationsprinzip) der Irrtum von Scholz. Nur durch den verschiedenen Lauf der Ausschlagungsfrist u die rückwirkende Kraft der Erbausschlagung (§ 1953 BGB) können sich für den einzelnen Erben Schwierigkeiten ergeben, die aber nach den allgemeinen Vorschriften zu behandeln sind. Das Interesse der Gesellschaft geht vor.

[20] RGBl 369, 846.

[21] Entgegen der Auffassung von Scholz CR 1948, 50 Anm 19 sind die Ausführungen von Gadow-Heinichen § 63 Anm 10 durchaus zutr. Eine Abweichung der Meinungen liegt im übr nicht vor, da „Anfall der Erbschaft" und „Erbfall" im gleichen Zeitpunkt stattfinden, was Scholz übersieht; zutr auch Neukamp ZHR 57, 38.

[22] Brodmann § 18 Anm 4; Baumbach Anm 4; Vogel Anm 5. Letzterer läßt sogar Kennenmüssen der Gesellschaft genügen, was aber zu weit geht. — A A Scholz Anm 14; Hachenburg Anm 28. — Etwas anderes gilt bei Legitimations- od Treuhand-ü b e r t r a g u n g e n an den mittelbaren Stellvertreter.

[23] Nicht eindeutig Scholz § 18 Anm 8; s o Anm 11.

Angelegenheit[1]. Vor einer Erbauseinandersetzung ist eine Verfügung über einen Anteil daran wegen § 2033 II BGB nicht möglich[2]. Nach einer Erbauseinandersetzung könnte zwar unter den Miterben die Mitgliedsgemeinschaft fortdauern, da diese von dem Bestehen der Erbengemeinschaft, die sich nur auf den Nachlaß bezieht, unabhängig ist[3]. Eine Verfügung über seinen Anteil am Geschäftsanteil ist dem Teilhaber jetzt aber rechtlich möglich (§ 747 BGB). In diesem Fall wird jedoch die Gesellschaft mitbetroffen, da sich der Mitgliedsbestand in bezug auf den einen Teilhaber ändert. Auf die Veräußerung finden daher die §§ 15, 16 Anwendung. Etwas anderes gilt nur, wenn die Veräußerung an einen oder die übrigen Teilhaber der Mitgliedsgemeinschaft erfolgt[4].

§ 13 3. Teilung der Mitgliedschaft

Erst wenn der Geschäftsanteil von den Miterben nach § 17 in selbständige Teil-Geschäftsanteile geteilt wird, entstehen auch selbständige Mitgliedschaften in Person der einzelnen Miterben[1]. Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß erst mit der Teilung die Erben die Mitgliedschaft erwerben, da nach dem bisher Gesagten auch das Bestehen einer gemeinschaftlichen Mitgliedschaft bei der GmbH denkbar ist.

Nach § 17 I ist die Teilung von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig[2]. Dieses Erfordernis kann nach § 17 III für den Fall der Teilung unter Miterben durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden.

Eine Teilung darf jedenfalls nur unter Beachtung der in § 5 I, III enthaltenen Bestimmungen erfolgen (§ 17 IV). Dabei kann es oft vorkommen, daß eine glatte Teilung entsprechend dem Bruchteil der einzelnen Erbteile nicht mög-

§ 12 [1] s o § 3 Anm 6.

[2] Über seinen Erbteil im ganzen u damit mittelbar auch über den Anteil an der Mitgliedsgemeinschaft könnte der Miterbe nach § 2033 I BGB verfügen. Das gilt auch, wenn der Geschäftsanteil der einzige Nachlaßgegenstand ist, Becker 249. Allerdings sind dabei die Formvorschriften des § 15 III, IV zu beachten; letztere würde bei einem Erbschaftskauf durch dessen gerichtlichen od notariellen Abschluß gewahrt (§ 2371 BGB). Ferner ist gegebenenfalls die Zustimmung der Gesellschaft für die teilw Abtretung des Geschäftsanteils einzuholen (§ 15 V). Dies gilt auch, wenn andere Erben ihr Vorkaufsrecht (§ 2034 BGB) ausüben. Der Erwerber hat sich nach § 16 bei der Gesellschaft anzumelden.

[3] s o § 11.

[4] s u § 52 bei Erbauseinandersetzung.

§ 13 [1] Der Gesellschaft gegenüber tritt die Wirkung der Teilung erst mit der Anmeldung nach § 16 ein, Baumbach § 17 Anm 4. — Zur Teilung von Geschäftsanteilen s BGH 9. 6. 54 BB 1954, 611.

[2] Die Erfordernisse der Genehmigung sind hier die gleichen wie bei der Abtretung nach § 15 V, dazu s u § 21 Anm 3.

lich ist und in jedem Fall eine besondere Einigung der Miterben erfordert. Aus diesem Grunde wäre es auch nicht zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall der Erbfolge eine selbständig eintretende Teilung und einen Übergang von Teil-Geschäftsanteilen auf jeden einzelnen Miterben vorschriebe[3]. Eine vorschriftsmäßige Teilung des Geschäftsanteils könnte den Erben zwar gemäß § 3 II zur Pflicht gemacht werden. Der Gesellschaftsvertrag müßte dann aber gleichzeitig vorschreiben, wie die Miterben die Teilung vorzunehmen hätten. Jedoch dürfte kaum ein Bedürfnis für eine solche Vervielfältigung der Mitgliedschaft vorhanden sein, denn eine solche würde nur zur Zersplitterung der Geschäftsanteile führen.

Will ein Miterbe über einen Teil-Geschäftsanteil verfügen, so ist dies nach § 15 möglich. Das gilt selbst dann, wenn noch keine Erbauseinandersetzung stattgefunden haben sollte. Haben die Erben den ererbten Geschäftsanteil gemäß § 17 schon vor einer Erbauseinandersetzung geteilt, dann liegt darin im Zweifel eine gemeinschaftliche Verfügung über einen Nachlaßgegenstand im Sinne von § 2040 I BGB.

Der Gesellschaftsvertrag kann schließlich eine Teilung des Geschäftsanteils ausschließen (§ 17 VI 2). Hierin liegt eine deutliche Abweichung des Gesellschaftsrechts von den Erbauseinandersetzungsvorschriften des BGB. Das Verbot einer Teilung des Geschäftsanteils und der Mitgliedschaft hindert aber nicht die Erbauseinandersetzung im übrigen[4].

ZWEITES KAPITEL

Die mitgliedschaftlichen Pflichten

I. Die Haftung für die Geldeinlage

1. Beim Alleinerben

a) Allgemeines

§ 14

Hat der Erbe den Geschäftsanteil des Erblassers im Wege der Gesamtnachfolge erhalten, dann erhebt sich zunächst die wichtige Frage, wie er für die restliche Einzahlung einer vom Erblasser noch nicht voll einbezahlten Stammeinlage sowie für diejenige der anderen Gesellschafter nach § 24 haftet, d h ob er seine Haftung als Erbe auf den Nachlaß beschränken kann[1].

[3] s o § 11 Anm 11.

[4] Näheres s u § 52.

[1] Nach heute allg M haftet der Erbe bei der GmbH auch als Gesellschafter beschränkbar (§§ 1967, 1975 ff BGB): Feine 377; Vogel § 18 Anm 3; Scholz Anm 9, CR 1948, 51; Brodmann Anm 3; Baumbach Anm 4; Becker 218; abw Hachenburg § 15 Anm 86 (6. Aufl Anm 77): unbeschränkt hafte der Erbe, wenn er sich „als Gesellschafter aus eigenem Recht geriert". — Eine andere Auffassung, nämlich die einer unbeschränkbaren Haftung der Erben, wird anscheinend von Förtsch § 18 Anm 2, 3 vertreten. Widerspruchsvoll Neukamp 542 f.

Die Beantwortung der Frage kann sich nicht ausschließlich nach Erbrecht richten, da der Erbe mit dem Übergang des Geschäftsanteils Gesellschafter wird[2]. Als solcher muß er jedenfalls für Schulden, die nicht zu Lebzeiten des Erblassers ihren Entstehungsgrund hatten, die also nicht als Nachlaßverbindlichkeiten angesehen werden können, vielmehr erst in die Mitgliedschaftsperiode des Erben fallen, unbeschränkbar haften: z B nach § 31, wenn er oder ein anderer Gesellschafter sich aus Stammkapitalmitteln entgegen dem Verbot des § 30 nach dem Erbfall etwas hat ausbezahlen lassen. Ebenso haftet der Erbe unbeschränkbar persönlich für die Übernahme einer Einlage aus einer Kapitalerhöhung nach § 55.

§ 15 b) Nachlaßverbindlichkeit

Für die Leistungen aus der Einlageverpflichtung, die vom Erblasser herrührt, fehlt es an einer besonderen Vorschrift im GmbHG, die die Haftung des Erben regelt. Man muß daher auf die allgemeinen Vorschriften zurückgreifen. Danach würde der Erbe für die vom Erblasser herrührenden Einlageverpflichtungen wie für sonstige Nachlaßverbindlichkeiten haften, d h also beschränkbar auf den Nachlaß (§§ 1967, 1975 ff BGB). Zu den Einlageverpflichtungen zählen nicht nur die ab Erbfall fällig werdenden Leistungen auf die Stammeinlage des Erblassers und anderer Gesellschafter (§§ 19, 24), sondern auch die z Z des Erbfalls rückständigen, d h bereits fälligen[3] Leistungen (§ 16 III), soweit sie mit der Übernahme der Stammeinlage zusammenhängen, also eingeforderte eigene Einlagebeträge oder die von anderen Gesellschaftern (§ 24) oder Rückzahlung von verbotswidrig ausgezahlten Stammkapitalbeträgen (§ 31 III), wenn die Auszahlung vor dem Erbfall erfolgt ist.

§ 16 c) Eigenverbindlichkeit

Die auf den Geschäftsanteil zu erfüllenden Einlageverpflichtungen sind aber außerdem persönliche mitgliedschaftliche Verpflichtungen eines jeden Gesellschafters. Sie können ihm grundsätzlich nicht erlassen werden (§§ 19 II, 25) und treffen den Rechtsnachfolger genauso wie den Rechtsvorgänger. Bei der Rechtsnachfolge unter Lebenden haftet dieser für seine Einlage nach § 22 weiter; für die rückständigen Leistungen aus der Einlageverpflichtung haftet er nach § 16 III zusammen mit dem Erwerber gesamtschuldnerisch[4]. Bei der Nachfolge von Todes wegen muß der Erbe in

[2] so § 8 V.

[3] Scholz § 16 Anm 22.

[4] Allg M, Baumbach § 16 Anm 4 B.

seiner Eigenschaft als neuer Gesellschafter[5] und Rechtsnachfolger des Erblassers auch die damit verbundene persönliche Haftung mit seinem ganzen Vermögen genauso wie ein Erwerber im Wege der Einzelnachfolge tragen[6].

Es macht demnach gesellschaftsrechtlich keinen Unterschied, ob jemand im Wege der Einzel- oder Gesamtnachfolge in eine Gesellschaft „eintritt“[7]. Darin entsprechen die §§ 22, 16 III den §§ 130, 173 HGB. Die Haftung des Rechtsvorgängers unterliegt in beiden Fällen einer einheitlichen Verjährungsfrist von 5 Jahren (§§ 159, 161 II HGB; 22 III). Freilich besteht insofern ein Unterschied, als der „eintretende“ Erbe bei der OHG und KG den Gesellschaftsgläubigern, bei der GmbH jedoch nur der Gesellschaft persönlich haftet. In beiden Fällen kommt aber das gesellschaftsrechtliche Prinzip zum Ausdruck, daß mit dem Erwerb der persönlichen Mitgliedschaft, sei es im Wege der Einzel-, sei es im Wege der Gesamtnachfolge, auch die volle persönliche Pflichtenstellung im Rahmen der betreffenden Gesellschaftsform verbunden sein muß.

d) Nachlaßerbenschuld § 17

Da der Erbe auf Grund des Eintritts in die Gesellschaft nicht nur als Gesellschafter unbeschränkbar persönlich haftet, sondern nach b) auch zugleich eine Nachlaßverbindlichkeit vorliegt, ist hier ein besonderer Fall einer sog „Nachlaßerbenschuld“ gegeben, bei der der Erbe anläßlich des Erbfalls und

[5] s o § 8 III 3 Anm 30.

[6] Für entspr Anwendung von § 16 III auf die Erben auch Förtsch § 18 Anm 3. — Klarer wäre es, wenn § 16 III eine selbständige Vorschrift (gleichsam einen § 16a) bildete. Auf die „Anmeldung“ kommt es für den Erben nicht an (s o § 10); ebenso müßte das Wort „Veräußerer“ fallen. Außer der Erbfolge gibt es noch andere Fälle der Gesamtnachfolge, z B Fusion; RGZ 89, 354 [357] nimmt hier ebenfalls eine volle persönliche Haftung des Gesamtnachfolgers wie bei einer Sondernachfolge an. — „§ 16a“ müßte demnach lauten: „Für die auf den Geschäftsanteil rückständigen Leistungen ist der Rechtsnachfolger neben dem Rechtsvorgänger verhaftet.“

[7] Bei der OHG und KG beruft sich die wohl h M für die entsprechende Rechtsfolge, nämlich für die persönlich unbeschränkbare Haftung des Erben für die vor dem Erbfall begründeten Gesellschaftsschulden auf die §§ 130, 173 HGB, vgl Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm 5, 14, 21; § 173 Anm 8; § 177 Anm 4; Hueck OHG 275; Dietrich DR 1943, 1204; Weipert DR 1943, 270 f, § 177 Anm 14; § 139 Anm 22; Wieland I 687, 770; RGZ 123, 366 [370]; 172, 199 [203]; a A JvGierke § 37 VIII, § 36 III d, Festschr Wieland 97 ff, 112 ff; Donner DR 1943, 971 ff u DNotZ 1943, 288 ff; Liebisch 154 ff, 160 ff; Staudinger-Boehmer § 1922 Anm 162; Kipp-Coing § 87 III; zweifelnd bzgl Kommanditisten Siebert NWB 65. — Bei der bG liegt eine den §§ 130, 173 HGB entsprechende Vorschrift nicht vor. Da aber die auch hier bestehende unbeschränkt persönliche Haftung der Gesellschafter (§ 431 BGB) die Rechtsnachfolger trifft, müßte der Erbe auch hier entspr § 139 HGB das Recht haben, die Mitgliedschaft abzulehnen, Palandt-Gramm § 727 Anm 1 a; a A Staudinger-Geiler § 727 Anm 6, wonach der Erbe nur für die n a c h dem Erbfall begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten als Gesellschafter hafte.

infolge eigener Rechtshandlungen neben der schon bestehenden Nachlaßverbindlichkeit eine Eigenverbindlichkeit ohne die Möglichkeit einer erbrechtlichen Haftungsbeschränkung begründet[1]. Die Rechtshandlung, auf die es hier ankommt, ist der durch die Annahme der Erbschaft endgültig vollzogene Beitritt zur Gesellschaft, d h es haftet nun nicht nur der Nachlaß, sondern daneben auch der Erbe unbeschränkbar mit seinem eigenen Vermögen. Die Rechtsstellung der GmbH ist damit den Nachlaßgläubigern und den persönlichen Gläubigern des Erben gegenüber begünstigt, was dem Zweck der §§ 16 III, 22 entspricht: der Anspruch der Gesellschaft auf die mitgliedschaftlichen Leistungen der Gesellschafter soll beim Gesellschafterwechsel möglichst weitgehend gesichert werden. Dies gilt auch beim Gesellschafterwechsel durch Erbfolge. Für rückständige Leistungen (§ 16 III) haften Nachlaß und persönliches Erbenvermögen gesamtschuldnerisch, für die Einlage im übrigen haftet der Nachlaß nach § 22 subsidiär[2].

Damit ist allerdings eine Folge ausgesprochen, die bisher für die Haftung des Gesellschafter-Erben in einer GmbH in Bezug auf die Einlageverpflichtung noch nicht klar erkannt worden ist[3], und die von den Grundsätzen der Erbenhaftung nach BGB abweicht. Aber eine einfache Anwendung der erbrechtlichen Vorschriften würde den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen widersprechen. Durch die Erbfolge in das personenrechtliche Verhältnis der Mitgliedschaft kann diese der Erbe nur ganz erwerben oder überhaupt nicht. Die Mitgliedschaft ist mit all ihren Rechten und Pflichten an die Person des Gesellschafters geknüpft; es muß undenkbar erscheinen, die Mitgliedschaft auf eine Vermögensmasse als Haftungsobjekt beschränken zu können[4]. Wäre dies möglich, dann wäre es keine persönliche Mitgliedschaft mehr. Diese erfordert den vollen Einsatz der Person mit ihrem ganzen Vermögen im Rahmen des betreffenden Gesellschaftsverhältnisses. Es kann daher *Hachenburg* nicht zugestimmt werden, wenn er den Erben nur dann unbeschränkbar haften lassen will, wenn er sich als „Gesellschafter aus eigenem Recht geriert“[5]. Entweder ist jemand durch Erbfolge Gesellschaf-

[1] Vgl hierzu insbes RGZ 123, 370. — Näheres über Nachlaßerbenschuld Staudinger-Boehmer § 1922 Anm 213 ff m Beisp Anm 215; Boehmer Erbfolge 112, 116 ff; RG-Prax III 252, 261 ff; Staudinger-Lehmann § 1967 Anm 23, 24; Palandt-Rechenmacher Anm 4; Erman-Bartholomeyczik Anm 4; Kipp-Coing § 89 III.

[2] Entspr § 22 III unterliegt aber die Haftung des Nachlasses der fünfjährigen Verjährungsfrist.

[3] Vgl insbes Becker 218, der die volle mitgliedschaftliche Haftung des Erben entspr § 16 III richtig erkennt, dann aber doch inkonsequent die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung nach den individualrechtlichen Normen des Erbrechts (§§ 1975 ff BGB) annimmt, ebenso Scholz CR 1948, 51. Dagegen nimmt man für Sonderleistungen nach § 3 II die volle persönliche Haftung des Erben an, s u § 23.

[4] Vgl Scholz JR 1955, 331: Erbe wird Gesellschafter mit allen Rechten u Pflichten.

[5] 5. Aufl § 15 Anm 86; 6. Aufl Anm 77.

ter geworden, oder er ist es nicht. Daß man es in der Hand haben könne, die Mitgliedschaft mit den damit verbundenen persönlichen Folgen gesondert „anzutreten" oder nicht, ist eine Vorstellung, die nicht dem Grundsatz der Gesamtnachfolge und dem Anfallprinzip entspricht[6]. Wer durch Erbfolge Gesellschafter geworden ist, braucht sich nicht erst als solcher zu gerieren, er hat die Mitgliedschaft mit dem Erbfall erworben.

Diese Folge, die der Regelung des § 16 III entspricht, würde sich auch schon ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung allein aus der mitgliedschaftlichen Erbrechtnachfolge ergeben. Der Erbe rückt kraft Gesamtnachfolge ein; er setzt insofern die persönliche Rechtsstellung des Erblassers fort[7]. Die besondere Situation, die sich hier gegenüber dem allgemeinen Erbrecht ergibt, und die eine Parallele bei anderen Rechtsverhältnissen, die der Erbe kraft eigenen Rechts fortsetzt, findet[8], beruht auf dem unveränderlichen Wesen der Mitgliedschaft als personenrechtlichem Rechtsverhältnis. Die Haftungsfolge ergibt sich unmittelbar aus der Rechtsstellung des Erben als Gesellschafter und nicht aus seiner Eigenschaft als Erbe[9]. Das Gesellschaftsrecht, die Interessen der Gesellschaft und der mit ihr in Berührung stehende Kreis dritter Personen müssen einen eindeutigen Vorrang vor den individualrechtlichen Normen des Erbrechts besitzen. Der Gegensatz zwischen Gesellschaftsrecht und Erbrecht tritt hier in besonders scharfer Weise hervor. Bei den Personalhandelsgesellschaften (OHG und KG) beruht der Kredit der Gesellschaft im wesentlichen auf der persönlichen Haftung der Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gegenüber. Es widerspräche dem Wesen der Gesellschaft und der Mitgliedschaft, wenn sich ein Gesellschafter der der Höhe nach beschränkten oder unbeschränkten persönlichen Haftung des Kommanditisten bzw persönlich haftenden Gesellschafters durch eine nach außen nicht erkennbare Haftung mit einem Sondervermögen entziehen könnte. Entsprechendes gilt für andere Gesellschaftsformen und auch für die GmbH[10]. Bei ihr dient nur das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger. In deren Interesse müssen daher die Gesellschafter persönlich mit ihrem ganzen Vermögen für die Aufbringung des im Stammkapital verkörperten vermögensrechtlichen Sicherungsfonds[11] durch Be-

[6] Eine Ausnahme kann nur in der Regelung des § 139 HGB für den Erben eines off Handelsgfters erblickt werden, dem die Möglichkeit geboten werden soll, eine Mitgliedschaft mit einer beschränkten persönlichen Haftung zu wählen oder auszuscheiden.

[7] So auch Scholz CR 1948, 50 (IV), JR 1955, 331.

[8] zB bei Fortführung eines Handelsgeschäfts (§ 27 HGB), weit Beisp s o § 8 III 3.

[9] RGZ 16, 40 [59] bzgl OHG.

[10] Dasselbe muß auch für die Haftung des Aktionärs-Erben gelten, der mit der Aktie zugleich die persönliche Mitgliedschaft erwirbt, vgl aber Gadow-Heinichen Anm 8 zu § 62 u § 63.

[11] s o § 7 Anm 5.

wirken der Einlage herangezogen werden. Nach § 19 II darf die Stammeinlage einem Gesellschafter weder ganz noch zum Teil, nach § 25 ihm die Haftung nicht erlassen werden[12]. Dies wäre aber der Fall, wenn ein Erbe, der ja zugleich auch Gesellschafter ist, sich der vollen persönlichen Haftung durch die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß entziehen könnte. Er wäre dann kein vollwertiger Gesellschafter mehr, sondern würde die Mitgliedschaft nur mit dem Nachlaß fortsetzen[13]. Dies widerspräche nicht nur dem Gesellschaftsrecht, sondern auch dem Erbrecht. Ist die Mitgliedschaft einmal im Wege der Erbfolge auf den Erben übergegangen, und hat dieser die Erbenstellung durch Annahme der Erbschaft endgültig erhalten, dann kann die Mitgliedschaft nur durch gesellschaftsrechtliche Mittel (z B Austritt, Veräußerung des Geschäftsanteils) gelöst werden, nicht aber durch eine Haftungsbeschränkung zu einer Teil-Erbschaftsannahme führen[14]. Aus gesellschaftsrechtlichen wie aus erbrechtlichen Rechtsgrundsätzen ergibt sich also, daß der Gesellschafter-Erbe bei einer GmbH für die Einlage unbeschränkbar persönlich einstehen muß, und zwar gilt dies nicht nur für die eigene Einlageverpflichtung, sondern auch für die der übrigen Gesellschafter im Rahmen der §§ 24, 31 III.

Zahlt der Erbe die Einlage nicht rechtzeitig, dann kann dies u U zu seinem Ausschluß aus der Gesellschaft unter Verlust des Geschäftsanteils führen, wie bei anderen Gesellschaftern auch (§ 21). Für die Ausfälle, die die Gesellschaft erleidet, bleibt ihr der Erbe als Gesellschafter nach § 21 III weiterhin persönlich mit seinem ganzen Vermögen verhaftet. Das Kaduzierungsverfahren kann nicht dazu dienen, den Erben die Durchführung seiner Haftungsbeschränkung zu gestatten, da es eine vollwertige Gesellschafterstellung voraussetzt und nur als subsidiäre Maßnahme gedacht ist. Sie ist im Unterschied zum Abandon des § 27 kein Recht des Gesellschafters, sondern eine der Gesellschaft vom Gesetzgeber besonders zur Verfügung gestellte Möglichkeit, im Wege des gesellschaftlichen Zwanges gegen einen säumigen Gesellschafter vorzugehen, sich seiner unter weitgehender Sicherung ihrer Ansprüche zu entledigen[15].

[12] Daher kommt auch das KG in RJA 8, 127 [129] zu dem Ergebnis, daß die Erben unbeschränkbar haften würden, wenn der Testamentsvollstrecker für sie einen Geschäftsanteil erwürbe. Es ist nicht einzusehen, welchen Unterschied es in Bezug auf diese unbeschränkbare Haftung der Erben macht, ob der Geschäftsanteil ererbt oder erst durch den Testamentsvollstrecker erworben wird. Das KG erkennt ganz richtig, daß die Erben Gesellschafter würden und als solche haften müßten.

[13] So unzutr Jonen 26.

[14] Auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Gesellschafter (s o § 5 Anm 5) kann nicht zugelassen werden, daß ein Gesellschafter, nur weil er Erbe ist, sich auf eine Sonderhaftung beschränken darf.

[15] Die Gesellschaft kann natürlich auch gegen den säumigen Gesellschafter auf Zahlung klagen, Baumbach § 21 Anm 3.

Gegen die hier vertretende Anschauung des gesellschaftsrechtlichen Haftungsvorranges ließe sich einwenden, daß er eine allzu große Härte für den Gesellschafter-Erben mit sich bringe, die vom Gesetzgeber sicherlich nicht beabsichtigt sei[16]. Dem kann entgegengehalten werden, daß der Haftungsvorrang kraft Gesellschaftsrecht die sich aus der Vererbung der Mitgliedschaft notwendig ergebende Konsequenz darstellt, die vom Gesetzgeber mit allen ihren Folgeerscheinungen wahrscheinlich nicht deutlich genug erkannt worden ist. Unzweifelhaft können sich für den Erben schwierige Situationen ergeben, beispielsweise wenn der Nachlaß im Werte sehr gering ist, während sich das aus dem Gesellschaftsverhältnis allein schon in Bezug auf die Einlageleistung einschließlich der subsidiären Haftung nach §§ 24, 31 III ergebende Risiko unverhältnismäßig hoch stellen könnte. Wäre der Erblasser Gesellschafter geblieben, hätte die Gesellschaft wegen seiner schlechten Vermögensverhältnisse nur eine unbefriedigende Zugriffsmöglichkeit gehabt. Ist es recht und billig, daß die Gesellschaft durch die Vererbung der Mitgliedschaft besser gestellt wird, indem sie nun an Stelle des leistungsunfähigen Gesellschafters einen leistungsfähigen erhält? Diese Frage wird man bejahen können. Auch bei einem Wechsel der Mitgliedschaft unter Lebenden kann sich die Situation für die Gesellschaft verbessern. Es ist nicht einzusehen, warum es nicht auch bei der Vererbung der Fall sein darf. Von der Gesellschaft aus gesehen kann es sich immer nur darum handeln, ein in finanzieller oder auch persönlicher Beziehung voll einsatzbereites Mitglied zu haben. Der Gesellschafter geht mit der Mitgliedschaft nicht nur finanzielle Verpflichtungen ein, sondern erhält in der Regel auch Vorteile, die den vollen Einsatz seiner finanziellen als auch persönlichen Beteiligung im Rahmen des betr Gesellschaftsverhältnisses lohnen sollen. Dieser Trost ist für den Erben dann sehr gering, wenn die GmbH mit Verlust arbeitet, oder wenn er selbst wirtschaftlich so ungünstig gestellt ist, daß er die hohen riskanten gesellschaftlichen Leistungen nicht aufbringen kann. Ihm bleibt dann ähnlich wie dem Erben eines Kommanditisten in der gleichen Situation nur die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen[17]. Das Interesse der Gesellschaft und des Rechtsverkehrs an einem leistungsfähigen Gesellschafter hat hier wie dort den Vorrang vor dem Interesse des Erben, den Nachlaß zu behalten. Diesen würde der Erbe ja auch bei einer Haftungsbeschränkung regelmäßig einbüßen.

---

[16] Hachenburg § 18 Anm 22 in Bezug auf die Haftung der Miterben, insbes Auseinandersetzung mit Förtsch (s o Anm 1).

[17] Dietrich DR 1943, 1204; Weipert DR 1943, 270 f. § 139 HGB steht dem Erben eines Kommanditisten nach h M nicht zu, da seine Haftung bereits eine gegenständlich beschränkte ist, Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 177 Anm 4; LG Hamburg BB 1953, 248 = Betrieb 1953, 252; vgl aber Hueck OHG 273.

Unbillig an dieser sich aus unserem heutigen Rechtszustand ergebenden Folge ist allerdings, daß der Erbe u U ohne Wissen und Willen durch Erbfolge automatisch Gesellschafter wird und dann unbeschränkbar mit seinem ganzen Vermögen haftet. Auch die allein für die OHG mit Rücksicht auf die der Höhe nach unbeschränkten persönlichen Haftung der Gesellschafter getroffene Regelung des § 139 HGB ist unzureichend[18]. Unzuträglichkeiten könnten nur dann vermieden werden, wenn die Mitgliedschaft überhaupt unvererblich wäre, und der Erbe mit der Erbschaft nur das Recht erhielte, in die Gesellschaft als Mitglied einzutreten, falls der Gesellschaftvertrag nicht die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben verbietet. Nach geltendem Recht ist dem Erben nur so zu helfen, wenn die Erbschaft angenommen oder die Frist zur Ausschlagung verstrichen ist, bevor er von dem Anfall der Mitgliedschaft Kenntnis erhalten hat, daß ihm nach § 1956 BGB in Verbindung mit § 119 II BGB das Recht zugestanden werden muß, die Annahme oder die Versäumung der Ausschlagungsfrist anzufechten (§§ 1957, 1954 II, 1955 BGB)[19].

Der Erbe eines GmbH-Gesellschafters ist zwar insofern ungünstiger gestellt als der Erbe, der Kommanditist wird, weil er im Unterschied zu diesem nicht nur für die eigene Einlage haftet, sondern darüber hinaus auch die Ausfallhaftung nach §§ 24, 31 III trägt. Dafür hat der Erbe eines GmbH-Gesellschafters aber grundsätzlich die Möglichkeit, sich durch Veräußerung des Geschäftsanteils von der unmittelbaren Leistungspflicht zu befreien. Er haftet dann allerdings nach § 16 III für rückständige Leistungen als Gesamtschuldner und für die Einlage nach § 22 subsidiär weiter. Ebenfalls ist es ihm nicht verwehrt, ebenso wie dem Gesellschafter-Erben in einer OHG oder KG, wegen außergesellschaftlicher Schulden des Erblassers die beschränkte Haftung herbeizuführen, wenn er die Möglichkeit dazu nicht bereits verloren hat. Aber die Haftungsbeschränkung eröffnet für die Gesellschaft nur die Möglichkeit, auch ihrerseits wegen rückständiger Leistungen Befriedigung aus dem Nachlaß zu suchen, berührt aber die persönliche Haftung des Erben für die Einlage ebensowenig wie die der Gesellschafter-Erben in einer OHG und KG für ihre gesellschaftliche Leistungspflicht.

[18] JvGierke § 36 III e, insbes Festschr Wieland 94 ff.

[19] Der Erbe braucht also nicht von vornherein jede Erbschaft auszuschlagen aus Angst, einen Geschäftsanteil mit erheblichen Zahlungsverpflichtungen zu erben, wie Hachenburg § 18 Anm 22 meint. Das gleiche gilt für den Erben eines oHGesellschafters, der die Dreimonatsfrist des § 139 III HGB versäumt. — Nicht geschützt wird der Erbe, der sich bei der Erbschaftsannahme üb die rechtl Tragweite der Gesellschaftsbeteiligung im Irrtum befand. Der Rechtsirrtum muß die Unkenntnis einer Tatsache zur Folge haben, u es darf sich nicht ledigl um eine rechtsirrtüml Beurteilung des bekannten Sachverhalts handeln, vgl RGZ 132, 1 [4].

2. Bei Erbengemeinschaft

Während das Gesetz für die Haftung des Alleinerben keine besondere Vorschrift aufgestellt hat, ist eine solche für die Erbengemeinschaft aus § 18 II zu entnehmen. Danach haften die Miterben für die aus dem Geschäftsanteil zu bewirkenden Leistungen als Gesamtschuldner. Man könnte meinen, daß dies den §§ 2058 ff BGB entspräche. Die allgemeine Meinung nimmt dies an[1]. Sie muß jedoch eine Sonderwirkung des § 18 II gegenüber den §§ 2058 ff BGB einräumen. Einmal gilt jene Vorschrift auch dann noch, wenn sich die Erben auseinandergesetzt haben, also unter den Voraussetzungen des § 2060 BGB als Teilschuldner haften würden. Zum anderen kann sich ein Miterbe bis zur Auseinandersetzung nicht auf § 2059 BGB berufen, wenn er nach § 18 II von der Gesellschaft in Anspruch genommen wird[2].

In Wirklichkeit beruht die Vorrangstellung des § 18 II gegenüber den erbrechtlichen Haftungsvorschriften auch für die Erbengemeinschaft auf dem gesellschaftsrechtlichen Haftungsvorrang kraft Mitgliedschaft, wie er beim Einzelerben nach den obigen Ausführungen gilt. Jeder Miterbe haftet daher, ohne Rücksicht auf seine sonstige beschränkbare Haftung, der Gesellschaft gegenüber für die Stammeinlage im Rahmen der §§ 24, 31 III persönlich mit seinem ganzen Vermögen (§ 421 BGB). Dem Charakter der Nachlaßerbenschuld entspricht es, daß der Gesellschaft sowohl der Zugriff auf den Nachlaß als auch auf das sonstige Privatvermögen des Erben im Rahmen der §§ 16 III, 22 offensteht. Daß die Miterben als Gesamtschuldner haften, entspricht im übrigen dem Prinzip einer Mitgliedsgemeinschaft[3].

Eine besondere Frage ist, ob das Kaduzierungsverfahren gegen die Erbengemeinschaft durchgeführt werden kann, wenn ein auf Zahlung der Einlage in Anspruch genommener Erbe nicht oder verzögert leistet. Nach dem Prinzip der einheitlichen Behandlung der Miterben (§ 18 III) müßte dies zu bejahen sein. Die Gesellschaft kann aber u U treuwidrig handeln, wenn sie nicht einen Versuch unternimmt, die Leistung von einem anderen Mitberechtigten zu bekommen[4]. Nur wo dies aussichtslos erscheint und mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft ist (z B offenkundig schlechte Vermögenslage, Wohnsitz im Ausland, unbekannter Aufenthaltsort), kann die Gesellschaft sogleich das Kaduzierungsverfahren gegen den einen Miterben mit Wirkung gegen alle durchführen. Die Erklärung mittels eingeschriebenen Briefes an einen Miterben genügt nach Ablauf eines Monats nach Anfall der Erbschaft (§ 18 III). Für den Ausfall haften die Miterben nach §§ 21 III, 18 II

[1] Hachenburg § 18 Anm 9, 22, 23; s o § 14 Anm 1.

[2] Scholz § 18 Anm 9; Hachenburg § 18 Anm 23.

[3] s o § 11.

[4] Man wird abw v § 18 III annehmen müssen, daß die Gesellschaft die erneute Aufforderung nebst Androhung an einen oder die anderen Miterben zu richten hat.

weiterhin gesamtschuldnerisch und unbeschränkbar. Leistet dagegen vor Einleitung des Kaduzierungsverfahrens ein anderer Miterbe, so kann dasselbe nicht deswegen durchgeführt werden, weil der zunächst in Anspruch genommene nicht gezahlt hat. Die Erfüllung durch einen Miterben befreit nach § 422 I 1 BGB auch die übrigen Miterben. Wie sie sich dann untereinander einigen, ist eine Frage der Ausgleichung nach § 426 BGB.

Erst wenn die Miterben nach § 17 den ererbten Geschäftsanteil unter sich in mehrere selbständige Geschäftsanteile teilen, wodurch unter gleichzeitiger Teilung der Stammeinlage entsprechend viele Einzelmitgliedschaften wie Geschäftsanteile entstehen, haftet jeder Miterbe für den auf ihn entfallenden Teil der Einlage allein. § 18 II gilt also nicht mehr. Daneben kann den Miterben allerdings noch die Ausfallhaftung nach §§ 24, 31 III wie jeden anderen Gesellschafter treffen. Eine besondere Haftung der Mitgliedsgemeinschaft als Rechtsvorgänger für rückständige Leistungen auf den bisher ungeteilten Geschäftsanteil wird jedenfalls bei Identität der frühenen Mitberechtigten und jetzigen Teilberechtigten abzulehnen sein[5].

§ 19 II. Die Haftung für Sacheinlagen usw

Hatte der Erblasser nach § 5 IV keine Geld-, sondern eine sog „Sacheinlage" zu leisten, oder finden „Sachübernahmen" statt[1], oder besteht seine Stammeinlage zum Teil aus einer Sach-, zum Teil aus einer Geldeinlage (Mischeinlage)[2], dann gelten für die Haftung des Erben die vorstehenden Ausführungen zu I. entsprechend. Der Erbe haftet also auch hier als Gesellschafter ohne die Möglichkeit einer erbrechtlichen Haftungsbeschränkung.

Besonderheiten können sich dadurch ergeben, daß der Gegenstand der Sachleistung des Erblassers ein höchstpersönlicher war, dessen Erbringung dem Erben unmöglich ist. Er ist in einem solchen Falle nicht verpflichtet, statt dessen den Geldwert der Leistung einzuschießen, außer wenn die Umwandlung in eine Geldeinlage durch Satzungsänderung vorgenommen wird[3]. Geschieht dies nicht, dann könnte es sein, daß die Gesellschaft keine oder nur eine ungenügende Einlage erhält. Garantien für eine Sachgründung, wie

[5] Anders im Falle der Teilveräußerung an Fremde, vgl Scholz § 17 Anm 21 a E; Baumbach § 17 Anm 4.

[1] Das GmbHG verwendet die aktienrechtlichen Begriffe „Sacheinlage" und „Sachübernahme" nicht. Sie haben sich aber auch für die GmbH eingebürgert, Feine 102 ff; Baumbach § 5 Anm 5.

[2] Baumbach § 5 Anm 6 C, § 7 Anm 4; Scholz § 5 Anm 13 ff.

[3] Baumbach § 5 Anm 9; Scholz Anm 30; der Gedanke des § 507 BGB ist hier nicht entspr anwendbar.

sie sich in § 20 AktG finden, bestehen für die GmbH gesetzlich nicht. In der mangelnden Sicherheit und Undurchsichtigkeit der Gründungsverhältnisse liegt ein offensichtlicher Nachteil der GmbH. Dem kann nur durch strenge Auslegung des § 7 II begegnet werden. Die Registergerichte sollten daher eine GmbH nicht eher eintragen, bis die Sachleistung dem Stammkapital der Gesellschaft wirklich gesichert ist, d h zumindest im Verfügungsbereich der Geschäftsführer steht[4]. Das würde bedeuten, wenn der Erbe die Sachleistung nicht erbringen kann, daß die GmbH gar nicht erst zur Entstehung gelangt (§ 11). Ist jedoch die Gesellschaft bereits eingetragen und hat sie die Umwandlung in eine Geldeinlage nicht vorgenommen, dann muß die Möglichkeit bestehen, die Gesellschaft ohne Erben fortzusetzen, indem der Geschäftsanteil entweder nach § 34 eingezogen[5] oder dem Erben aufgegeben wird, ihn an einen Dritten oder die Gesellschaft zu veräußern. Letzteres läuft im Ergebnis auf ein Kaduzierungsverfahren nach § 21 hinaus[6]. Doch darf die Maßnahme keinen Strafcharakter haben, da den Erben kein Verschulden trifft[7].

III. Haftung aus besonderen Anlässen § 20

Bevor auf die Frage der Haftung des Erben für Nachschüsse und Sonderleistungen eingegangen wird, sollen noch einige besondere Haftungsfälle aus Anlaß der Gesellschaftsbeteiligung des Erblassers behandelt werden. Dies betrifft vor allem die Haftung der Erben für Verbindlichkeiten des Erblassers, die aus einem bestimmten persönlichen Verhalten desselben herrühren, z B aus einem Handeln vor Eintragung der Gesellschaft nach § 11 II oder für die Nichtabführung von Steuerschulden der Gesellschaft als deren Geschäftsführer nach § 109 AO[1].

Soweit sich der haftungsbegründende Umstand auf ein rein persönliches Verhalten des Erblassers stützt, wie z B auch bei unrichtigen Angaben bei der Anmeldung (§§ 9 I, 7 II) oder eine Schadensersatzpflicht oder eine Vertragsstrafe ausgelöst hat, liegt nur eine Nachlaßverbindlichkeit und keine mitgliedschaftliche Verbindlichkeit vor. Die Erben haften daher nur be-

---

[4] h M, Feine 140 ff; Scholz § 7 Anm 11; Baumbach Anm 4; RGZ 141, 204; RGSt 48, 153 [156 ff]; abw Hachenburg § 7 Anm 14 ff.

[5] s u § 42 II 3.

[6] Für entspr Anwendung von § 21 Baumbach § 7 Anm 5; abw Scholz § 5 Anm 30.

[7] Daher ist uU sogar eine Entschädigg f d Geschanteil z zahlen. § 21 III entfällt.

[1] Hier haftet der Geschäftsführer einer GmbH persönlich für die Steuerschulden, s dazu BFH 21. 1. 54 BB 1954, 432.

schränkbar. Auch wenn derartige Schulden schon zu Lebzeiten des Erblassers fällig wurden, sind sie keine rückständigen Leistungen auf den Geschäftsanteil im Sinne von § 16 III[2]. Persönliche Eigenschaften und Verfehlungen des Erblassers können dem Erben persönlich nicht zugerechnet werden, da eine Erbfolge in die Persönlichkeit nicht vorliegt[3]. Ebenso kann der Erbe nicht aus der Gesellschaft wegen eines in der Person des Erblassers liegenden Grundes ausgeschlossen, ein gegen den letzteren eingeleitetes Kaduzierungsverfahren gegen den Erben nicht durchgeführt werden, wenn er die Einlage leistet[4]. Nur soweit der haftungsbegründende Umstand nicht auf einem ausschließlich persönlichen Verhalten des Erblassers beruht, sondern als eine Leistung mit der Mitgliedschaft als solcher verbunden ist, sind auch die Erben im vollen Umfang dafür haftbar. Dies gilt insbesondere auch für die gesellschaftliche Treupflicht[5]. Der Erbe haftet auch unbeschränkbar persönlich, wenn er die sich für ihn beim Tode des Gesellschafters ergebenden Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt, nämlich das Ableben bei letzterer anzuzeigen und etwaige unaufschiebbare Geschäfte einstweilen fortzuführen[6].

Für außergesellschaftliche Leistungen des Erblassers haftet der Erbe nur nach allgemeinen Grundsätzen, d h beschränkbar. Hier bestehen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter rein individualrechtliche Beziehungen[7].

IV. Haftung für Nachschüsse

§ 21 1. Beim Alleinerben

Sieht der Gesellschaftsvertrag eine beschränkte oder unbeschränkte Nachschußpflicht vor (§ 26), dann haftet auch der Erbe für die eingeforderten Nachschußbeträge wie jeder andere Gesellschafter. Ob die Nachschußeinforderung vor dem Erbfall beschlossen ist oder erst danach, in jedem Falle haftet der Erbe unbeschränkbar. Ist die Einforderung von Nachschüssen schon

[2] Baumbach § 16 Anm 4 B.

[3] Vgl RGZ 108, 388; 109, 80 [82]; 153, 275 [277]; s o § 8 Anm 32; s a Boehmer, RG-Prax III 268 ff.

[4] War der Erblasser n a c h Absendung der Verlustigerklärung durch die Gesellschaft (21 II) aber v o r ihrem Zugang (§ 130 BGB) verstorben, dann hat die Erklärung ihre Wirkung verloren, Staudinger-Riezler § 130 Anm 18.

[5] s o § 5 Anm 4.

[6] s o § 10 Anm 6 a, s u § 25.

[7] So haftet der Erbe z B für die Hergabe oder Rückzahlung eines Darlehns nur beschränkbar. Ist aber eine Verpflichtung zur Zahlung von Darlehen gemäß § 3 II in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen und somit eine gesellschaftsrechtliche geworden (s o § 7 Anm 9), dann würde der Erbe unbeschränkbar haften, gleichgültig ob die Einforderung des Darlehns noch in die Mitgliedschaftszeit des Erblassers fiel oder erst nach dem Erbfall erfolgte.

vor dem Erbfall fällig geworden, dann liegt wiederum eine sog Nachlaßerbenschuld vor[1]. Die Gesellschaft kann sich nach § 16 III an einer Nachlaßliquidierung mitbeteiligen; der Nachlaß und Erbe als Gesellschafter haften gesamtschuldnerisch. Waren Nachschußleistungen z Z des Erbfalls noch nicht rückständig, haftet bei einer beschränkten Nachschußpflicht der Nachlaß nur subsidiär (§§ 28, 22).

Es leuchtet ein, daß sich in einem solchen Falle die finanzielle Belastung des Erben auf Grund der Mitgliedschaft erheblich verstärken kann. Ein gesellschaftsrechtliches Mittel, sich von der Inanspruchnahme völlig zu befreien, ist ihm wie jedem anderen Gesellschafter nur im Falle der unbeschränkten Nachschußpflicht durch Aufgabe des Geschäftsanteils nach § 27 gegeben (sog Abandon), bzw auch dann, wenn bei Überschreitung eines bestimmten Höchstbetrages im Gesellschaftsvertrage ein Abandonrecht zugelassen ist (§ 27 IV). Im Falle der beschränkten Nachschußpflicht kann sich der Gesellschafter-Erbe der unmittelbaren Inanspruchnahme nur durch Veräußerung des Geschäftsanteils entziehen, wobei ihn aber nach §§ 28 I, 22 die Haftung für Ausfälle als Rechtsvorgänger treffen kann. Außerdem kann er nach § 16 III haften, wenn der Nachschuß bei der Anmeldung des Neuerwerbers schon rückständig war. Eine Veräußerungsmöglichkeit ist aber dann nicht gegeben, wenn der Gesellschaftsvertrag für die Abtretung eine Genehmigung der Gesellschaft vorschreibt[2] und diese nicht erteilt wird, oder die Veräußerungsbefugnis im Gesellschaftsvertrag überhaupt ausgeschlossen ist[3].

[1] s o § 17.

[2] Erfordernisse der Genehmigung sind nach Capelle BB 1954, 1076 ein Beschluß der Gfterversammlung u eine rechtsgeschäftl Willenserklärung der Geschäftsführer. Der Gesellschaftsvertrag kann das Genehmigungsverfahren i e regeln u auch nur Beschluß u Erklärung der Geschäftsführer genügen lassen. Nach BGH 1. 12. 54 BB 1955, 5 = NJW 1955, 220 = DNotZ 1955, 90 = BGHZ 15, 324 ist die Ausfertigung der Genehmigungsurkunde durch den od die Geschäftsf keine Voraussetzung f d Wirksamkeit der Genehmigung, wenn nach dem Gesvtrg die Abtretung der Geschäftsanteile der Zustimmung der Gfterversammlung bedarf u die Genehmigungsbeschl einstimmig gefaßt worden ist; üb Genehmigung vgl a Scholz § 15 Anm 44 ff.

[3] Ob dies möglich ist, ist bestr, vgl dazu Scholz § 15 Anm 42 u Scholz Ausschließung 4. Gegen die Möglichkeit, die Veräußerung auszuschließen: Brodmann § 15 Anm 5; Saenger 31; dafür: RGZ 80, 175 [179]; Hachenburg § 15 Anm 1, 2 unter Betonung des Charakters des Geschäftsanteils als Mitgliedschaft (einschrkd 6. Aufl, s u); Wieland II 290, 323 f; Feine 286, 370; Gareis 47; Rob. Fischer 131 ff, 135. — Richtig wird sein, daß der Gesellschaftsvertrag die Veräußerung des Geschäftsanteils zwar ausschließen kann, aber Bestimmungen für eine anderweitige Möglichkeit eines Ausscheidens treffen muß, Hachenburg-Schilling § 15 Anm 2; Scholz CR 1948, 48. Ist derartiges nicht vorgesehen, dann bleibt die Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grunde nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, Scholz § 15 Anm 42, Ausschließung 8, 10 ff, 19 f, 45 ff; (üb wichtigen Grund s u § 23 Anm 14); Guhl 513 bzgl schweiz GmbH.

Ist der Betrag, bis zu dem Nachschüsse gefordert werden können, verhältnismäßig hoch, dann muß sich der Erbe ernstlich überlegen, ob er die Erbschaft nicht ausschlagen sollte, wenn er der finanziellen Belastung persönlich und mit dem ererbten Vermögen nicht gewachsen ist, und die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft einen so erheblichen Einsatz als nicht lohnend erscheinen läßt[4]. Sonstige gesellschaftliche Mittel, sich der beschränkten Nachschußpflicht zu entziehen, gibt es nicht. Der Gesetzgeber hielt sie mit dem Prinzip der beschränkten Haftung für vereinbar. Mithin kann auch für den Erben als Gesellschafter nichts besonderes gelten.

§ 22 2. Bei Erbengemeinschaft

Für die Erbengemeinschaft gilt das vorstehend Ausgeführte bezüglich der beschränkten Nachschußpflicht entsprechend. Die Erben haften nach § 18 II für die eingeforderten Nachschußbeträge als Gesamtschuldner. Fraglich ist nur, wie bei der unbeschränkten Nachschußpflicht das Abandonrecht ausgeübt werden kann.

Nach § 18 I können die Miterben die Rechte aus dem Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich ausüben. Das gilt auch für das Abandonrecht. Die Erben könnten es nach Erbrecht nur geltend machen, wenn sie sich einig sind, da im Abandon gleichzeitig auch eine Verfügung über den Geschäftsanteil als Nachlaßgegenstand zu sehen ist (§ 2040 I BGB).

Sind sich die Miterben nicht einig, dann ist gleichwohl ein Bedürfnis für jeden einzelnen von ihnen anzuerkennen, sich von einer Inanspruchnahme, sei es direkt durch die Gesellschaft (§§ 421 BGB; 18 II), sei es im Wege des Ausgleichs von einem in Anspruch genommenen Miterben nach § 426 BGB, zu befreien. Mit Wirkung für sich allein kann ein Miterbe das Abandonrecht nicht ohne weiteres ausüben. In § 27 ist es zwar jedem Gesellschafter gegeben, aber es ist zu berücksichtigen, daß die Mitgliedschaft an die Gesamtberechtigung am Geschäftsanteil gebunden ist[1]. Solange dieser den Berechtigten noch ungeteilt zusteht, kann der einzelne mit Wirkung für sich allein daraus keine Rechte herleiten.

Der Wille eines Miterben, sich vor einer unmittelbaren oder mittelbaren Inanspruchnahme aus einer unbeschränkten Nachschußpflicht durch Aufgabe der Mitgliedschaft zu schützen, kann sowohl Wirkung auf die Rechtsgemeinschaft der Miterben untereinander als auch auf die Mitgliedsgemeinschaft (§ 18) äußern. Handelt es sich noch um eine ungeteilte Erbengemeinschaft, dann kann in dem Antrage eines Miterben auf Ausübung des Abandonrechts das Verlangen einer Erbauseinandersetzung nach § 2042 BGB gesehen werden. Im Zuge derselben kann aber gleichzeitig auch eine Aus-

[4] s o § 17 bei Anm 19.
[1] s o § 11 insbes Anm 11.

einandersetzung der Mitgliedsgemeinschaft erfolgen[2], dergestalt, daß entweder durch Teilung selbständige Teil-Geschäftsanteile nach § 17 gebildet werden, auf die jeder Erbe innerhalb der Monatsfrist des § 27 das Abandonrecht selbständig ausüben kann, oder daß der Geschäftsanteil veräußert wird. Beide Arten der Auseinandersetzung können von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig oder überhaupt ausgeschlossen sein (§§ 17 I, VI, 15 V). Kommt auf diese Weise keine Auseinandersetzung der Erben zustande, dann muß dem einzelnen Miterben wenigstens ein Ausscheiden aus der Mitgliedsgemeinschaft zustehen. Dieses Ausscheiden kann durch Kündigung der Gemeinschaft aus wichtigem Grunde erfolgen. Da die Mitgliedsgemeinschaft nach § 18 I hier als eine Gesamthandsgemeinschaft besonderer Art aufgefaßt wird, ist § 723 BGB für entsprechend anwendbar zu halten. Die Mitgliedsgemeinschaft wird dann aufgelöst, indem das Abandonrecht ausgeübt wird, oder es wird die Mitgliedschaft von dem oder den unbeschränkt nachschußwilligen Erben unter Anwachsung des Anteils der oder des Ausscheidenden fortgesetzt (vgl entsprechend §§ 736, 738 BGB). Der Gesellschaft gegenüber äußert das Ausscheiden erst Wirkung mit der Anmeldung entsprechend § 16[3].

Auf ähnliche Weise ist zu verfahren, wenn eine Erbauseinandersetzung zur Zeit nicht möglich ist (§§ 2043 ff BGB), oder die Erben sich bereits auseinandergesetzt hatten, den Geschäftsanteil aber gemeinschaftlich behalten haben[4].

Scheidet sonach ein Miterbe aus dem Mitgliedschaftsverhältnis aus, dann trifft ihn eine Ausfallhaftung als Rechtsvorgänger weder nach § 16 III noch nach § 28, da dies dem Zweck des § 27 zuwiderliefe. Im Ergebnis würde also die unbeschränkte Nachschußpflicht nur denjenigen Miterben treffen, der in der Mitgliedschaft verbleibt.

V. Haftung für Neben- und Sonderleistungen

1. Beim Alleinerben

§ 23

I. Sieht der Gesellschaftsvertrag für die Gesellschafter Neben- bzw Sonderleistungen nach § 3 II vor[1], dann hängt es von der Art der Verpflichtung und dem Zweck der Gesellschaft ab, ob sie als untrennbare Be-

[2] s o § 13; s u § 24 II.

[3] Da auf diese Weise vorgehende Änderungen in der Mitgliedsgemeinschaft keine Veräußerungen darstellen, ist § 16 nicht direkt anwendbar. Eine Kundmachung an die Gesellschaft ist jedoch erforderlich, damit diese den Ausgeschiedenen nicht als Gesellschafter in Anspruch nimmt.

[4] s o § 12. Näheres über Erbauseinandersetzung s u § 52.

[1] s o § 7 Anm 9.

standteile der Mitgliedschaft auf den Erben übergehen sollen. Bei höchstpersönlichen Leistungspflichten, insbesondere bezüglich der Geschäftsführerpflicht (§ 6), wird dies meist nicht der Fall sein[2]. Bei anderen Pflichten wird man dem Zweck der Gesellschaft entsprechend einen Übergang auf den Erben ohne weiteres annehmen müssen[3].

Geht eine mit unbeschränkten Sonderverpflichtungen belastete Mitgliedschaft auf den Erben über, dann kann sich für diesen eine entsprechende Zwangslage wie beim Erben eines offenen Handelsgesellschafters ergeben. Denn durch die Möglichkeit der Begründung von Sonderleistungspflichten nach § 3 II kann die GmbH bekanntlich im Innenverhältnis wie eine OHG ausgestaltet werden[4]. Will der Erbe die mit der Mitgliedschaft verbundenen Verpflichtungen nicht übernehmen, also z B nicht Kaufmann oder Ingenieur werden, um im Unternehmen mitzuarbeiten, oder ein verantwortungsvolles Geschäftsführeramt übernehmen oder einem Wettbewerbsverbot Folge leisten oder zusätzliche finanzielle Lasten und Risiken tragen usw, dann bliebe ihm letzten Endes nur die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen, um auf diese Weise der Mitgliedschaft zu entgehen. Zwar könnte der Erbe noch versuchen, den Geschäftsanteil zu veräußern. Aber abgesehen davon, daß ein mit solchen persönlichen Pflichten belasteter Geschäftsanteil meist schwer verkäuflich sein wird, wird in derartigen Fällen die Veräußerung auch nur mit Zustimmung der Gesellschaft möglich sein[5]. Diese kann mit durchaus verständlichen Gründen die Genehmigung versagen, ist doch das Gesellschaftsverhältnis auf eine so enge persönliche Vertrauensbasis gestellt, daß ein Eindringen Fremder nicht wünschenswert ist. Dies gilt insbesondere von Familiengesellschaften. Auch wäre es möglich, daß die Veräußerung des Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrag überhaupt ausgeschlossen ist[6]. In allen diesen Fällen wird dem Erben also die Veräußerung des Geschäfts-

[2] Scholz § 18 Anm 10 u CR 1948, 58 f; Buchholz 336; Bing 64; s a Becker RdGmbH 1937; 290; OLG Hamburg 31. 1. 1951 Betrieb 1951, 152 i Bez auf OHG; vgl dazu a Hueck OHG 264; Staudinger-Boehmer § 1922 Anm 162; Weipert § 139 Anm 21; JvGierke Festschr Wieland 113 f; abw Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm 14.

[3] Über Vererbung von Sonderleistungspflichten Hachenburg § 3 Anm 40; Scholz § 3 Anm 22, CR 1948, 51; Buchholz aaO. — Eine Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß ist nicht möglich. Der Erbe ist also persönlich verpflichtet, ein Wettbewerbsverbot einzuhalten, Gesellschafterdarlehn zu gewähren, Bürgschaften zu übernehmen, an die Gesellschaft Lieferungen vorzunehmen, im Unternehmen mitzuarbeiten, u U als Geschäftsführer tätig zu sein usw.

[4] s o § 4 Anm 20.

[5] Wieland I 416, II 290; Rob. Fischer 135; Buchholz 335 sind sogar der Ansicht, daß die Zustimmung zur Übertragung ohne ausdrückliche Bestimmung im Gesellschaftsvertrag als stillschweigender Vertragsinhalt aufzufassen ist.

[6] s o § 21 Anm 3.

anteils und damit eine Entledigung der mitgliedschaftlichen Pflichten nicht gelingen. Schlüge er die Erbschaft nicht aus und bliebe er Mitglied, erfüllte aber die Sonderpflichten nicht, dann könnte er sich schadensersatzpflichtig machen, es könnten ihm Vertragsstrafen und ein entschädigungsloser Ausschluß aus der Gesellschaft durch Einziehung der Geschäftsanteile oder Kaduzierung drohen[7].

Das GmbHG zeigt aus dieser Zwangslage keinen Ausweg. Es setzt voraus, daß bei einer Sonderleistungsgesellschaft die Satzung auch für derartige Fälle Vorsorge getroffen hat[8]. Sehr oft wird der Gesellschaftsvertrag auch entweder durch Zulassung eines Kündigungsrechts für den Erben oder durch Ausschluß der Vererbung oder durch Einräumung eines Wahlrechts für den Erben, den Geschäftsanteil zu behalten und die damit verbundenen Pflichten zu erfüllen oder ihn an die Gesellschaft oder eine von ihr zu benennende Person abzutreten, einen Ausweg zeigen. Diese Möglichkeiten sollen an dieser Stelle nicht besprochen werden[9]. Hier soll der bedauerlicherweise häufige Fall zugrundegelegt werden, daß der Gesellschaftsvertrag in Bezug auf die Vererbung keinerlei Vorsorge getroffen hat oder den nicht leistungswilligen oder -fähigen Gesellschafter mit unbilligen Nachteilen, beispielsweise entschädigungsloser Verlust der Mitgliedschaft, belastet.

Man könnte einwenden, die Situation bei der Erbfolge sei ähnlich derjenigen, die auch sonst im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses eintreten kann, wenn einem Mitglied die Erfüllung der Sonderleistung unmöglich oder unzumutbar wird[10]. Hier erhebt sich die Frage, wie das in der Sonderverpflichtung regelmäßig liegende Verhältnis schuldrechtlicher Art zu lösen ist und inwieweit dies die Mitgliedschaft beeinflußt[11]. Bei der Erbfolge liegt es jedoch insofern besonders, als der Erbe die Mitgliedschaft unfreiwillig erwirbt. Aus diesem Grund brauchen bei ihm die besonderen Voraussetzungen der nachträglichen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit nicht

[7] Darüber Dilthey 27; Buchholz 325 ff. Gegen Kaduzierungsverfahren bei Nichterfüllung von Sonderverpflichtungen Hachenburg § 3 Anm 34 a E.

[8] Birkenbihl § 18 Anm 3.

[9] Näheres darüber im Zweiten Teil.

[10] Die Leistung ist dann nicht mehr zumutbar, wenn sie die wirtschaftliche Existenz des Mitgliedes bedroht.

[11] Zu diesem Konflikt zwischen Individual- u Sozialrecht Hachenburg-Schilling § 3 Anm 36; Riesenfeld 149 ff; Feine 341 ff; Scholz § 3 Anm 21, 23; § 15 Anm 65; Rud Fischer 374 ff, 384; Buchholz 318 ff; JvGierke § 50 IV 1 d, der von der Mitgliedschaft abtrennbare u unselbständige Nebenleistungen unterscheidet, dagegen Riesenfeld 154; OLG Hamburg 12. 6. 1953 BB 1953, 600 = RdGmbH 1953, 174 hat ein sofortiges Ausscheiden eines Mitglieds aus einem Zwangskartell bei Einstellung seines der Kartellabrede unterliegenden Betriebes angenommen, zust insoweit BGH 18. 12. 54 NJW 1955, 384 = BGHZ 16, 59.

vorzuliegen. Hier wirkt es schon unzumutbar, ihn allein durch die Erbfolge in die Mitgliedschaft mit besonderen persönlichen Verpflichtungen, die seine ganze Lebensführung beeinflussen können, zu belasten.

II. Es muß versucht werden, die hier zu findende Lösung einer verwandten Regelung des Gesellschaftsrechts zu entnehmen.

Für die OHG hat das Gesetz in § 139 HGB eine der Zwangslage des Erben Rechnung tragende Regelung getroffen. Danach ist es ihm möglich, innerhalb einer bestimmten Frist, ein Wahlrecht dahingehend auszuüben, entweder persönlich haftender Gesellschafter zu bleiben oder die Einräumung der weniger riskanten und persönlich belastenden Stellung eines Kommanditisten zu beantragen und, im Falle der Ablehnung dieses Antrages durch die übrigen Gesellschafter, aus der Gesellschaft auszuscheiden. Bei der GmbH fehlt eine entsprechende Vorschrift, obwohl — wie wir gesehen haben — sich für den Erben eines GmbH-Gesellschafters eine ganz ähnliche Situation wie für den Erben eines offenen Handelsgesellschafters ergeben kann[12]. Der § 139 HGB gilt zwar allein für die unbeschränkte Haftung des offenen Handelsgesellschafters den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, spricht aber doch den allgemein-gesellschaftsrechtlichen Grundsatz aus, daß ein Erbe durch die auf ihn übergehende Mitgliedschaft nicht unfreiwillig in unbeschränkter Weise belastet werden darf.

Was für die OHG gilt, muß in ähnlicher Lage auch bei der GmbH durchführbar sein. Der Struktur dieser Gesellschaft widerspricht eine unbeschränkte persönliche Haftung des Gesellschafters. Der unbeschränkten Nachschußpflicht kann er sich durch das Abandonrecht nach § 27 entziehen. Es fragt sich, ob diese Vorschrift auf Sonderverpflichtungen, die eine besondere persönliche Inanspruchnahme des Gesellschafters in unbeschränktem Maße und auf unbegrenzte Dauer vorsehen, entsprechend angewendet werden kann[13]. Dies ist zu verneinen. § 27 ist seinem Aufbau und Zweck nur auf die Nachschußpflicht zugeschnitten. Die Rechtsprechung hat daher zur Lösung der Sonderleistungspflichten, allerdings ohne Bezugnahme auf die Situation bei der Erbfolge, andere Wege beschritten. Diese laufen darauf hinaus: ist im Gesellschaftsvertrag kein Kündigungsrecht vorgesehen, dann ist dem Gesellschafter nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (§ 723 BGB) ein Recht zur Kündigung des Sonderleistungsverhältnisses aus wichtigem Grund zuzubilligen[14]. Ein solches ist von der Rechtsprechung unter anfänglicher

[12] Auf die dem § 139 HGB entspr Situation bei der GmbH weist Dilthey 45 Anm 167 hin.

[13] Dafür Baumbach § 27 Anm 1; dagegen Buchholz 332 f; Hachenburg § 3 Anm 32.

[14] a A früher RGZ 73, 429. Über „wichtigen Grund" Scholz CR 1949, 30 ff u SJZ 1949, 1 ff; RGZ 165, 78.

Beschränkung auf die Kartell-GmbH aus § 8 KartVO entwickelt[15], dann aber allgemein für die Sonderleistungs-GmbH anerkannt worden, wenn die Sonderleistungspflichten die wirtschaftliche Existenz des Gesellschafters gefährden, ihm also unzumutbar sind[16]. Ob die Kündigung nur das Sonderleistungsverhältnis oder auch den Bestand der Mitgliedschaft berührt, richtet sich nach der Art der Sonderleistung und dem Zweck der Gesellschaft[17]. Regelmäßig muß die Bestimmung über den Geschäftsanteil der Gesellschaft überlassen bleiben. Sie kann ihn einziehen, selbst erwerben oder aber auch die Abtretung an einen von ihr benannten Dritten bestimmen. Wesentlich für den ausscheidenden Gesellschafter ist aber, daß er die Mitgliedschaft nicht unentgeltlich aufzugeben braucht[18]. Mit dem Zugang der Kündigungserklärung an die Gesellschaft erlöschen jedenfalls die Sonderleistungspflichten des betreffenden Gesellschafters.

Für den Erben lassen sich diese Grundsätze mit verwerten. Bei ihm liegt es aber, wie schon hervorgehoben, insofern besonders, als die Unzumutbarkeit, die Mitgliedschaft fortzusetzen, nicht erst im Laufe des Gesellschaftsverhältnisses eintritt, sondern von vornherein mit dem Erbfall besteht. Der Erbe hat von vornherein kein Interesse an der Mitgliedschaft. Er möchte sie gar nicht erst erwerben, um nicht auch noch für Einlage und Nachschüsse, sei es auch nur als Vormann subsidiär nach § 22 haftbar zu werden. Andererseits wird die Gesellschaft ein Interesse an der Mitgliedschaft des Erben haben, um einen leistungsfähigen Gesellschafter für die Einlageverpflichtung zu behalten oder um evtl einer lästigen Auszahlung des Wertes des ererbten Geschäftsanteils zu entgehen. Man wird daher dem Erben ein uneingeschränktes Austrittsrecht nicht zubilligen können. Wäre die Gesellschaft bereit, ihm die Stellung eines lediglich kapitalmäßig beteiligten Ge-

[15] RGZ 114, 212 [217]; 125, 114 [118]; Lucas, Kartell u GmbH, DJZ 1924, 425.

[16] RGZ 128, 1 [16]; i e, insbes über die Entwicklung in der Rechtspr, Dilthey 34 ff; Scholz Ausschließung 13 ff, 46 f.

[17] s o Anm 11. Für einen engen Zsmhang zw Mitgliedsch u Sonderleistungspflicht u damit für eine Beendigung der Mitgliedschaft bei Kündigung der Sonderleistungsverpfl Hachenburg-Schilling § 3 Anm 36, der § 725 BGB für entspr anwendbar hält u gegen RGZ 128, 1 [16] Stellung nimmt, ferner Scholz § 3 Anm 23; Feine 350 ff; s a Rob. Fischer JZ 1954, 428.

[18] RGZ aaO; der Geschäftsanteil als Vermögenswert bleibt dem Gesellschafter also zunächst erhalten, zutr Hueck Betrieb 1953, 778. Darüber wie mit Rücksicht auf den Entgeltanspruch prozessual zu verfahren ist, wenn die Gesellschaft den Geschäftsanteil zwangsweise auf Grund Ausschließungsurteils einziehen will: BGHZ 9, 157 = NJW 1953, 780 = JR 1953, 219 = BB 1953, 332 = Betrieb 1953, 373 = DNotZ 1953, 429 = RdGmbH 1953, 72 m zust Anm v Schneider u abl v Scholz; weitere Stellungnahmen: Buchwald BB 1953, 457; Vogel BB 1953, 460; Mangold BB 1953, 398; Hueck Betrieb 1953, 776; zsmfassend Mangold NJW 1954, 1144; s a Anm 26.

sellschafters einzuräumen, so daß ihn nur die gesetzliche Haftung für die Einlage und allenfalls eine Haftung für Nachschüsse trifft, was sich noch im Rahmen des dem GmbH-Gesellschafter normalerweise Zumutbaren hält, dann könnte dem Erben ein Ausscheiden aus wichtigem Grunde nicht zugebilligt werden. Die Dinge würden sich am besten entweder so gestalten, daß der Erbe von vornherein die Mitgliedschaft kündigen kann, die Wirksamkeit der Kündigung aber von der Bereitwilligkeit der Gesellschaft, dem Erben die Stellung eines lediglich kapitalistisch Beteiligten einzuräumen, abhängig ist (Fall der Änderungskündigung), oder daß der Erbe zunächst nur das Sonderleistungsverhältnis kündigt und die Gesellschaft darüber beschließen muß, ob der Erbe aus der Gesellschaft gegen Abfindung auszuschließen ist. Diese Lösung – Teilkündigung unter Ausschlußvorbehalt – dürfte der Änderungskündigung vorzuziehen sein.

Fraglich könnte sein, ob der Erbe nicht vor der Kündigung wenigstens zu einem Veräußerungsversuch hinsichtlich des Geschäftsanteils verpflichtet zu halten ist. Es wird dies auf die Lage der Verhältnisse ankommen. Gegebenenfalls kann der Erbe auch ohne entsprechende im Gesellschaftsvertrag nach § 3 II aufgenommene Verpflichtung für verpflichtet gehalten werden, den Geschäftsanteil an eine ihm von der Gesellschaft benannte Person gegen Entgelt abzutreten[19]. Ein Ausscheiden des Erben auf diesem Wege würde einer Kündigung gleichzuachten sein.

Im praktischen Ergebnis würde dies also auf eine dem Rechtsgedanken des § 139 HGB angepaßte Gestaltung hinauslaufen, wobei der Unterschied freilich darin liegt, daß im Falle des § 139 HGB der Erbe vor der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern geschützt werden soll, während bei der GmbH nur eine Haftung des Erben der Gesellschaft gegenüber besteht. Es kommt aber entscheidend auf den Umfang der Haftung an. Zwar kann der Erbe bei der GmbH nicht Kommanditist werden, aber durch die Einräumung der Stellung eines lediglich kapitalistisch beteiligten Gesellschafters im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern würde er ähnlich wie ein Kommanditist gestellt sein[20]. Allerdings wäre er damit den anderen Gesellschaftern gegenüber begünstigt. Es stellt sich damit die Frage, ob die Einräumung der „Quasi-Kommanditistenstellung" nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter verstoßen würde. Dies könnte man kaum bestreiten. Man wird daher gemäß § 53 I die Zustimmung aller Gesellschafter für die inhaltliche Umwandlung der gesellschaftlichen Rechtsstellung des Gesellschafter-Erben verlangen müssen, falls im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorgesehen ist. Ebenfalls muß sich der Gesellschafter-Erbe u U eine

[19] Näheres darüber s u §§ 35, 36, 44 ff.

[20] Schiller 14 will ihm die Stellung eines stillen Gesellschafters einräumen. Dann scheidet der Erbe allerdings als Gesellschafter aus der GmbH aus.

Herabsetzung seines Gewinnanteils gefallen lassen. Denn er kann nicht verlangen, daß er für weniger Arbeit und Risiko die gleiche Gewinnquote erhält.

Im Interesse der Gesellschaft muß aber möglichst schnell Klarheit darüber geschaffen werden, ob und in welchem Maße der Gesellschafter-Erbe die Mitgliedschaft fortsetzt. Man wird daher von ihm eine Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist verlangen können. Ob man die Drei-Monatsfrist des § 139 III BGB hier entsprechend verwenden kann, mag zweifelhaft erscheinen. Abgesehen davon, daß die Folgen der Fristversäumung bei Unkenntnis der Beteiligung des Erblassers für den Erben äußerst einschneidend sind[21], kann dem Gesellschafter-Erbe bei einer GmbH mangels einer gesetzlichen Vorschrift das Erfordernis einer Fristwahrung nicht zugemutet werden. Es wäre ungerechtfertigt, ihn durch eine lediglich entsprechende Anwendung des § 139 HGB mit den Folgen einer Fristversäumnis zu belasten. Man wird aus § 139 III HGB nur soviel für den Gesellschafter-Erben bei einer GmbH entnehmen können, daß der Gesellschaftsvertrag eine Erklärungsfrist setzen darf, die nicht unter drei Monaten bemessen ist. Sache des Erben ist es, sich unverzüglich nach dem Erbfall über seine Rechte und Möglichkeiten auf Grund des Gesellschaftsvertrages zu informieren. Soweit ihm das nicht möglich ist oder er unverschuldet in Unkenntnis ist, muß nach Treu und Glauben eine entsprechende Fristverlängerung eintreten. Auf jeden Fall muß die Gesellschaft für verpflichtet erachtet werden, den Erben in entsprechender Weise zur Erklärung mit Fristsetzung von mindestens drei Monaten aufzufordern. Tut sie das nicht, dann müssen die Umstände entscheiden. Es kommt dabei auf das Verhalten des Erben an. Bekundet er durch konkludente Handlung seinen Willen, die Mitgliedschaft mit allen persönlichen Verpflichtungen fortzusetzen[22], oder läßt er ohne Kündigung unangemessen lange Zeit verstreichen, obgleich er Kenntnis vom Mitgliedschaftserwerb hatte, wobei die Drei-Monatsfrist wenigstens als Indiz verwendet werden kann, dann gilt die Mitgliedschaft mit allen Sonderleistungspflichten belastet als angenommen[23]. Die Folgen der Nichterfüllung sind dann die gleichen wie bei den anderen Gesellschaftern auch. Anfängliches

[21] s o § 17 Anm 18.

[22] Wenn er sich als Gesellschafter geriert, zutr hier Hachenburg § 15 Anm 86 (6. Aufl Anm 77).

[23] Die soeben vertretene Ansicht, daß die Erklärung des Erben binnen angemessener Frist erfolgen müsse, findet eine Parallele in der Frage, innerhalb welcher Frist bei der GmbH die Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage gegenüber Gesellschafterbeschlüssen zu erheben ist. Auch hier ist die Frist nicht den §§ 196 II, 199 AktG zu entnehmen, sondern die Klage innerhalb angemessener Frist zu erheben, BGHZ 11, 231 [240] = MDR 1954, 163 = NJW 1954, 385 m Anm v Scholz und weit Nachw; s a RGZ 170, 358 [380]; 172, 76 [79].

subjektives Unvermögen muß er sich als Verschulden anrechnen lassen und die gesellschaftsvertraglichen Folgen dafür in Kauf nehmen. Denn er hatte ja die Möglichkeit, rechtzeitig sein Nichtleistenkönnen anzuzeigen und die Mitgliedschaft abzulehnen. Die Lösung der Mitgliedschaft wegen später eintretenden Unvermögens oder Unzumutbarkeit beurteilt sich ebenfalls nicht mehr aus der Sondersituation der Erbnachfolge, sondern nach allgemeinen, für alle Gesellschafter gültigen Grundsätzen.

Die Wirkungen des Ausscheidens seitens des Erben oder die der Einräumung einer bloß kapitalistischen Beteiligung für ihn lassen sich entsprechend § 139 IV HGB beurteilen. Scheidet der Erbe innerhalb einer angemessenen Frist aus, sei es daß die Kündigung durchgreift, oder er den Geschäftsanteil an einen Dritten veräußert hat, dann ist er ebenso wie der ausscheidende Erbe eines offenen Handelsgesellschafters während der Schwebezeit des § 139 III HGB noch nicht endgültiger Gesellschafter. Man könnte fast sagen, daß er dann die Mitgliedschaft gar nicht persönlich, sondern zunächst nur mit dem Nachlaß fortsetzt, d h er kann abweichend von den oben entwickelten Grundsätzen[24] seine Haftung für gesellschaftliche Leistungen endgültig auf den Nachlaß beschränken. Bleibt dagegen der Gesellschafter-Erbe nur kapitalistisch beteiligt, dann haftet er zwar nicht für Sonderleistungen, aber für die gesellschaftlichen Grundleistungen, also für die Geldeinlage im Rahmen der §§ 16 III, 24, 31 III und für die Nachschüsse nach §§ 26, 27, 28, wenn nicht sogar auch die Nachschußpflicht dem Gesellschafter-Erben erlassen wird, als Mitglied unbeschränkbar.

Damit ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des im § 139 HGB verkörperten Rechtsgedankens auf die Sonderleistungs-GmbH eine sowohl dem Interesse des Alleinerben wie dem der Gesellschaft entsprechende Regelung. Selbst wenn man sich davor scheut, Rechtssätze der OHG auf die GmbH anzuwenden, obwohl rechtlich, wie wir gesehen haben, zwischen einer OHG und einer Sonderleistungs-GmbH kein unüberbrückbarer Gegensatz besteht[25], dann könnte eine Lösung des Problems trotzdem nicht viel anders aussehen. Dies liegt daran, daß § 139 HGB für die mitgliedschaftliche Stellung eines Gesellschafter-Erben in gleicher Weise wie auch § 140 HGB[26] und andere Vorschriften des Verbandsrechts[27] einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringt.

[24] s o §§ 14 ff.

[25] Darüber s o § 4 Anm 20.

[26] Die Frage der entspr Anwendung von § 140 HGB auf die Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters ist besonders bedeutungsvoll u lebhaft umstritten; für Ausschlußurt BGH 1. 4. 53 (s o Anm 18) sowie BGH 17. 2. 55 BB 1955, 270; ferner LG Regensburg DNotZ 1953, 52; LG Frankfurt DNotZ 1952, 40 m zust. Anm v Grussendorf 43 = NJW 1951, 719 m zust Anm v Hueck; ders Betrieb 1951, 108; Bergenroth MDR 1951, 271 u MDR 1952, 338; Küster JR 1952, 455; Baum-

2. Bei Erbengemeinschaft

I. Auch bei einer Sonderleistungs-GmbH gilt für die Miterben die gesamtschuldnerische Haftung nach § 18 II[1]. Die Gesellschaft kann die Erfüllung jeder Sonderleistung ganz oder zum Teil — soweit teilbar — von jedem Miterben verlangen (§ 421 BGB). Die Erfüllung durch einen Miterben befreit die übrigen (§ 422 BGB). Eine Vervielfältigung einer unteilbaren Sonderleistungspflicht findet, solange der Geschäftsanteil ungeteilt bleibt, nicht statt. Der Gesellschaftsvertrag könnte sie auch nicht bestimmen. Denn da die Sonderleistungspflicht eine gesellschaftliche, d h mit dem Geschäftsanteil verbundene ist[2], kann sie auch nur eine einfache sein. Eine Vervielfältigung wäre, außer dem Fall der Teilung des Geschäftsanteils, nur durch Sondervereinbarung mit den Beteiligten außerhalb des eigentlichen Gesellschaftsverhältnisses möglich. Dem Gesellschaftsverhältnis ist zu entnehmen, daß § 425 BGB nicht anwendbar ist[3]. Jeden Miterben trifft daher als Mitgesellschafter für die Leistung eines anderen Miterben eine Einstandspflicht, die einen anderen Gegenstand haben kann, als die eigentliche Leistung[4]. So kann ein Miterbe von der Gesellschaft auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wenn ein anderer Miterbe nicht oder nicht gehörig leistet, vorausgesetzt natürlich, daß eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung in der Person des anderen Miterben vorliegt. Verpflichtungen, die in einem Unterlassen bestehen (z B ein Wettbewerbsverbot), werden sich allerdings im Zweifel vervielfältigen[5].

---

bach Einf zu § 34 Anm 2 B; überhpt abl RGZ 101, 55; Gfterbeschl genügend: OLG München HRR 1941, 191; RGZ 169, 330 = DR 1942, 1700; Scholz RdGmbH 1951, 85; 1952, 17, u Ausschließung 26 ff; Komm § 15 Anm 65, der aber bei einer Reform des GmbH-Rechts für eine dem § 140 HGB entspr Regelung eintritt. — Der BGH leitet Notwendigkt des Ausschlußurteils aus der gesellschaftlichen Treupflicht u dem Grundsatz der Lösung eines Rechtsverhältnisses aus wichtigem Grund her u lehnt analoge Anwendung von § 140 HGB ab, obwohl dieser einen allg Rechtsgedanken ausspricht, krit dazu Hueck Betrieb 1953, 776, der entspr Anwendung von § 140 HGB bejaht. Hachenburg-Schilling Anh I z § 3 Anm 4 hält § 140 HGB dann für analog anwendbar, wenn die GmbH wirtschaftl eine OHG bildet, bezieht dies aber anschnd nur auf das die Ähnlichkt zur OHG bewirkende Sonderverh der Gfter untereinander nicht auf die kapitalmäßige Mitgliedschaft, i übr wird Möglichkt des Gfterausschl aus der GmbH ohne entspr Satzungsbestimmg abgelehnt; unter ausdr Aufgabe dieser Ansicht vgl jetzt Schilling JZ 1955, 331 i Anschl an BGH v 17.2.55.

[27] Vgl z B § 31 BGB.

[1] Scholz § 3 Anm 22, § 18 Anm. 10.

[2] RGZ 73, 429 [433]; Hachenburg § 3 Anm 25, 25a, 33; Scholz § 3 Anm 16, § 18 Anm 10; Becker-Schmidt 56; s a o § 7 Anm 9.

[3] Brodmann § 18 Anm 3: § 18 II trete an Stelle von § 425 BGB.

[4] Palandt-Danckelmann § 425 Anm 1.

[5] Enn-Lehmann § 88 I 4 a.

II. Für jeden einzelnen Miterben kann daher sowohl wegen Erfüllung der Hauptpflicht als auch wegen der Einstandspflicht die Mitgliedschaft ebenso lästig und riskant erscheinen wie für den Alleinerben. Es ist also auch für den Miterben eine Lösung zu finden, sich dieser Inanspruchnahme zu entziehen.

Greift man dazu wieder auf den § 139 HGB zurück, so stellt sich seiner entsprechenden Anwendung auf mehrere Erben eines Gesellschafters bei der GmbH ein bedeutendes Hindernis entgegen. Bei der OHG baut die Regelung des § 139 HGB darauf auf, daß jeder Miterbe kraft Erfolge über eine selbständige Mitgliedschaft verfügt und daher ein eigenes Entscheidungsrecht über sein Verbleiben in der Gesellschaft besitzt[6]. Wegen § 5 I und III in Vbdg mit § 17 IV kann bei der GmbH eine automatische Teilung des Geschäftsanteils durch entsprechende Teilung der Stammeinlage nach Verhältnis der Erbanteile und daher eine Vervielfältigung der Mitgliedschaft kraft Erbfolge nicht stattfinden. Für die Ausübung der entsprechenden Rechte aus § 139 HGB bedeutet dies, daß die Miterben daher nach § 18 I auch nur gemeinschaftlich die Mitgliedschaft wie der Alleinerbe gegen Entgelt ablehnen oder die Stellung eines lediglich kapitalistisch beteiligten Gesellschafters verlangen können. Das für den Alleinerben Gesagte gilt hier entsprechend.

Sind sich jedoch die Miterben uneinig, will ein Teil voll verpflichteter Gesellschafter bleiben, ein Teil „Kapitalgesellschafter" werden und ein Teil ausscheiden, dann kann durch Auseinandersetzung der Mitgliedsgemeinschaft (§ 18) unter gleichzeitiger Erbauseinandersetzung (§ 2042 BGB) Abhilfe geschaffen werden[7]. Es muß dann der Geschäftsanteil veräußert (753 BGB) oder nach §17 real geteilt werden (§ 752 BGB), wobei im letzteren Falle jeder Teilberechtigte der GmbH gegenüber seine Rechte wie ein Alleinberechtigter geltend machen könnte.

Ist eine Erbauseinandersetzung aber z Zt nicht möglich (§§ 2043 ff BGB), oder erteilt die Gesellschaft zu einer Veräußerung oder Teilung des Geschäftsanteils nicht die Genehmigung, oder sind diese Möglichkeiten statutarisch ausgeschlossen (§§ 15 V, 17 I, VI), oder wollen die Erben eine Erbauseinandersetzung gar nicht vornehmen, dann entfällt deshalb nicht das dringende Bedürfnis nach einer Regelung der Gesellschaftsbeteiligung, es sei denn der Erblasser hat letztwillig ihren unveränderten Bestand für alle Miterben verbindlich angeordnet (§ 2044 BGB)[8]. Im übrigen braucht die Frage der Erbauseinandersetzung für die Regelung der Verhältnisse der Mitgliedsgemeinschaft ebensowenig eine Rolle zu spielen wie bei der kraft Gesetzes

[6] s o § 11 Anm 11.

[7] s o § 22.

[8] s u § 52.

automatisch durch Erbfolge eintretenden Vervielfältigung der Mitgliedschaft bei einer OHG oder KG[9]. Die Mitgliedschaft gehört als personenrechtliches Rechtsverhältnis nicht zum Nachlaß, gleichgültig ob es sich um eine Einzelmitgliedschaft handelt oder eine Mitgliedsgemeinschaft. Eine Erbengemeinschaft kann als solche nicht Mitglied sein[10]. Es kann daher über die Mitgliedschaft auch keine Erbauseinandersetzung stattfinden. Die Mitgliedsgemeinschaft nach § 18 unter den am Geschäftsanteil Mitberechtigten ist vom Bestand der Erbengemeinschaft unabhängig. Sie ist für sich durchaus als lösbar anzusehen, ohne daß darum die Erbengemeinschaft betroffen zu werden braucht. Stellt ein Miterbe den Antrag auf Auflösung der Mitgliedsgemeinschaft, was als eine Kündigung derselben nach § 723 BGB anzusehen ist, dann löst sich diese Gemeinschaft entweder auf, oder sie wird unter den übrigen Miterben unter Anwachsung des Anteils des Ausscheidenden fortgesetzt (§ 736 BGB). Der Gesellschaftsvertrag darf nicht in das Verhältnis der Mitberechtigten eingreifen und dem nichtleistungswilligen Miterben die Gelegenheit zu einem Ausscheiden aus der Mitgliedsgemeinschaft der übrigen Miterben und damit auch gleichzeitig aus dem Mitgliedsverbande der GmbH nehmen. Wichtig ist nur, daß die Veränderung des Gemeinschaftsverhältnisses der Gesellschaft entsprechend § 16 angezeigt wird, so daß sich diese über die nunmehrige Berechtigung klar ist.

Das Ausscheiden aus der Mitgliedsgemeinschaft durch einen Miterben, gleichgültig ob durch Erbauseinandersetzung oder ohne sie, hat folgende Wirkung: scheidet der betreffende Miterbe aus dem Mitgliedsverband innerhalb einer angemessenen Frist seit dem Erbfall aus, und geschieht die Abmeldung bei der Gesellschaft ebenfalls innerhalb dieser Frist, dann haftet der Ausscheidende für Geldeinlage und rückständige Leistungen nur erbrechtlich, also beschränkbar. Er ist dann gar nicht persönlich Gesellschafter der GmbH geworden. Diese kann sich daher nur an die verbleibenden Miterben halten, da sie die Mitgliedschaft persönlich übernommen haben und unbeschränkbar haften[11]. Von dem Ausscheidenden kann die Gesellschaft nicht das Verbleiben als kapitalistisch beteiligter Gesellschafter verlangen, da eine voll für die Sonderleistungen haftende Mitgliedschaft durch die in der Gesellschaft verbleibenden Miterben erhalten geblieben und die Gesellschaft daher nicht benachteiligt ist. Anders nur, wenn die Auseinandersetzung der Mitgliedsgemeinschaft durch reale Teilung nach § 17 geschieht und jeder Miterbe in der Wahl seiner Rechte selbständig ist. Die Gesellschaft

[9] KG DR 1942, 731 f; RGZ 171, 328 [332] = DR 1943, 1228; a A Donner 1206, gegen ihn Weiler 285, beide aber nicht mit zutreffenden Argumenten, da die Doppelnatur der Mitgliedschaft als personenrechtliches Rechtsverhältnis und außergesellschaftliches Vermögensrecht von ihnen nicht richtig erkannt wird, s o §§ 5 III; 8 III 5.

[10] s o § 11.

[11] s o §§ 14 ff.

kann hier verlangen, daß der betreffende Miterbe als „Kapitalgesellschafter" Mitglied bleibt. Es liegt also ganz entsprechend wie beim Alleinerben.

III. Im Ergebnis ist also festzustellen, daß eine entsprechende Anwendung des in § 139 HGB verkörperten Rechtsgedankens auf die GmbH trotz der gemeinschaftlichen Mitgliedschaft möglich ist, wenn man, wie es der Regelung des § 18 entspricht, die Mitgliedsgemeinschaft von der ihr zugrundeliegenden Erben- oder sonstigen Gemeinschaft unterscheidet[12] und einer Sonderbehandlung unterwirft. Gesellschaftsrecht und Erbrecht bleiben dabei säuberlich getrennt. Auf diese Weise wird es auch erreicht, daß der Gesellschaft in weitgehendem Maße eine sonderleistungsfähige und -willige Mitgliedschaft erhalten bleibt[13]. Andererseits wird aber eine ungerechtfertigte Heranziehung der Erben, die durch den Erwerb eines mit Sonderleistungspflichten belasteten Geschäftsanteile u U vor die harte Alternative gestellt werden können, die Erbschaft auszuschlagen, vermieden.

DRITTES KAPITEL

Die mitgliedschaftlichen Rechte

§ 25 I. Die Rechtsstellung des Alleinerben

Wird der Gesellschafter einer GmbH nur von einem Erben beerbt, dann geht der Geschäftsanteil mit den damit verbundenen mitgliedschaftlichen Rechten auf ihn über. In vermögensrechtlicher Beziehung erhält der Erbe Anspruch auf Gewinn und Liquidationserlös sowie sonstige vermögenswerte Rechte[1], im Hinblick auf die Mitverwaltung der gesellschaftlichen Angelegenheiten Stimmrecht, Antrags-, Widerspruchs-, Anfechtungsrecht usf[2]. Im allgemeinen richtet sich die Rechtsstellung des Erblassers wie die des Erben nach Gesellschaftsvertrag (§ 45). Danach können dem Gesellschafter auch Kontrollrechte in Bezug auf die Geschäftsführung, ein Recht auf Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und auf Auskunftserteilung ausdrücklich zugebilligt sein.

[12] s o § 11.

[13] Damit zerstreuen sich auch die dahingehenden Bedenken von Hachenburg § 18 Anm 22. — Nähme man mit der h M keine unabhängig von der Erben- od sonstigen Gemeinschaft bestehende Mitgliedsgemeinschaft zur gesamten Hand an, dann wäre eine im Interesse der Gesellschaft und der an ihr beteiligten Gemeinschaft liegende Regelung in Frage gestellt.

[1] So z B das Recht, Gesellschaftseinrichtungen kostenlos zu benutzen, Unterstützung durch Darlehn der Gesellschaft, Vergünstigungen bei Inanspruchnahme öffentl od privater Einrichtungen für die Mitglieder d betr GmbH usw.

[2] s o § 5 I. — Es sei in diesem Zusammenhang auf die Arbeit von Küster, Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter, Berlin 1954, verwiesen, die i e hier nicht mehr verwertet werden konnte.

Schweigt die Satzung, dann kann sich je nach Lage des Einzelfalles und der bei der betreffenden GmbH bestehenden Verhältnisse aus wichtigem Grund oder aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ein Recht des Gesellschafters auf Einsichtnahme in die Geschäftsbücher und auch auf Auskunfterteilung durch die Geschäftsführung ergeben[3].

Höchstpersönliche Gesellschafterrechte und Sonderrechte, die dem Erblasser zustanden, erlöschen mit dessen Tode[4]. Das gilt insbesondere für ein Mehrstimmrecht, ein ausschlaggebendes Bestimmungsrecht oder ein erhöhtes Gewinnbezugsrecht aus besonderen Verdiensten für die Gesellschaft oder als Seniorchef. Auch Ämter, die der Erblasser innehatte, gehen nicht auf den Erben über. Das gilt beispielsweise für die Stellung als Aufsichtsratsmitglied und als Geschäftsführer[5]. Letzteres ergibt sich schon aus § 6 III. Frage kann nur sein, ob der Erbe eines Gesellschafter-Geschäftsführers entsprechend §§ 673, 727 II BGB; 137 I HGB zur einstweiligen Fortführung der Geschäfte berechtigt bzw verpflichtet ist. Eine solche Berechtigung bzw Verpflichtung kann man nicht glatt verneinen[6]. In der Regel wird es allerdings so liegen, daß die Gesellschaft kein Interesse an der auch nur einstweiligen Fortführung der Geschäfte durch einen Unkundigen haben kann[7]. Andererseits kann es aber auch Situationen geben, die so dringend und unaufschiebbar sind, daß der Gesellschafter-Erbe treuwidrig handeln würde, wenn er nicht das Geschäft zu Ende oder wenigstens soweit führt, daß die Gesellschaft ohne Schaden eine anderweitige Verfügung treffen kann. Wie weit das Recht des Erben dabei geht, wird sich nach dem konkreten Einzelfall und seinen Fähigkeiten richten. Es kann u U auch ein gesetzlicher oder gewillkürter Vertreter oder Treuhänder des Erben berechtigt und verpflichtet sein, den Tod anzuzeigen und die Geschäfte fortzuführen. In diesem Falle würde es auf die Fähigkeiten des Vertreters ankommen.

[3] BGH 12. 6. 54 BB 1954, 610 = NJW 1954, 1564 = JZ 1955, 47 m Anm v Schilling = BGHZ 14, 53: die Annahme f d Bestehen dieser Rechte ist je eher gerechtfertigt als sich die betr GmbH einer Personalges nähert, insbes sind die Rechte dann gegeben, wenn davon die Ausübung des Stimmrechts des Gesellschafters abhängt, s a RG HRR 1940, 1359; DR 1942, 279; OLG Hamm NJW 1949, 790 = RdGmbH 1949, 80; OLG Karlsruhe RdGmbH 1926, 238; Heining RdGmbH 1950, 12; Becker RdGmbH 1929, 537; RGZ 49, 141 [149].

[4] Insofern liegt hier eine scheinbare Ausnahme von dem Grundsatz der Vererblichkeit der ganzen Mitgliedschaft vor. Die Erbfolge ist aber, auch wenn sie in ein personenrechtl Rechtsverh stattfindet, keine Nachfolge i d Persönlichkeit des Erblassers, s o § 8 Anm 18, 32; § 20.

[5] s o § 23 Anm 2; „Vertrauen läßt sich nicht vererben" JvGierke Festschr Wieland 113.

[6] s o § 20.

[7] Scholz CR 1948, 58.

Durch entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages können aber Sonderrechte vererblich gestaltet oder für den Erben neu begründet werden; das gilt insbesondere für das Geschäftsführeramt[8].

In manchen Fällen kann auch die Frage entstehen, ob der Erbe einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Entlastung des Erblassers als Geschäftsführer[9] oder auf Billigung seiner Tätigkeit hat. Dies wird man nur ausnahmsweise annehmen dürfen[10], z B wenn der Sohn als Nachfolger seines Vaters dessen Amt antreten soll, oder wenn es für das Fortkommen oder die Berufsstellung des Sohnes erforderlich erscheint. Auch unter dem Gesichtspunkt der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten kann der Erbe ein Anspruch auf Entlastung haben, da in der Entlastung nach h M zugleich auch ein Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche liegt. Es kann sogar u U der Erbe ein berechtigtes Interesse haben, ein Dienstzeugnis über die Tätigkeit des Erblassers zu verlangen.

II. Die Rechsstellung der Erbengemeinschaft

§ 26 1. Allgemeines

Rückt eine Erbengemeinschaft in die Rechtsstellung der Mitgliedschaft ein, dann findet § 18 I Anwendung[1]. Die Erben können die Rechte aus der Mitgliedschaft nur gemeinschaftlich ausüben[2]. Praktisch wird sein, daß die Miterben einen gemeinschaftlichen Vertreter bestellen (§ 18 III). In manchen Fällen wird die Rechtsausübung nur durch einen Vertreter erfolgen können, z B bei Einsichtnahme in die Geschäftsbücher[3]. Die Erbengemeinschaft, gleichgültig ob sie geteilt oder noch ungeteilt ist, kann also im Grunde genommen nur so handeln wie ein Gesellschafter[4]. Auf diese Weise hat das Gesetz Voraussetzungen geschaffen, um eine Störung des Gesellschaftsverhältnisses aus dem Bereich des Mitberechtigungsverhältnisses wirksam zu verhindern. Das für den Alleinerben Ausgeführte gilt daher auch entsprechend für die Erbengemeinschaft. Ein den Miterben kraft Gesellschaftsvertrages eingeräumtes Sonderrecht steht allen Miterben gemeinschaftlich zu[5],

[8] RGZ 170, 368; Baumbach § 6 Anm 3; Scholz aaO.

[9] Vgl Scholz, Rechtl Bedeutung d Entlastung d Geschäftsführers, RdGmbH 1940, 55, 58.

[10] Hierzu u zum folgd Scholz CR 1948, 58.

[1] s o § 11.

[2] Scholz § 18 Anm 5 ff.

[3] s o § 25 Anm 3; vgl auch Hachenburg § 18 Anm 10.

[4] s o § 11 bei Anm 11.

[5] Baumbach § 18 Anm 2.

eine Geschäftsführertätigkeit üben sie gemeinschaftlich zur gesamten Hand aus[6], auch wenn nach dem Gesellschaftsvertrag Einzelvertretungsbefugnis gilt[7]. Erst bei realer Teilung des Geschäftsanteils nach § 17 gehen die Rechte wie die Pflichten zu einem entsprechenden Teil auf die neuen selbständigen Mitglieder über[8].

2. Benutzungsrechte

Schwieriger liegt es, wenn der Gesellschaftsvertrag den Gesellschaftern das Recht gibt, gesellschaftseigene Einrichtungen zu benutzen, z B eine Theater-GmbH gestattet ihren Mitgliedern freien Eintritt, eine Verkehrs-Gesellschaft mbH kostenlose Benutzung der Verkehrsmittel. Würde man jedem einzelnen Miterben als Gesellschafter betrachten[1], dann müße jedem von ihnen die Benutzung der Gesellschaftseinrichtungen offenstehen. Das könnte zu einer übergebührlichen Mehrbelastung der Gesellschaft führen. Sieht man die Erbengemeinschaft als Gesamtgesellschafter an, so fragt es sich, wie sie die Benutzungsrechte gemeinschaftlich ausüben kann. Soll sie etwa nur gemeinschaftlich ins Theater gehen?

Scholz vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht[2], die Miterben könnten nicht mehr Rechte geltend machen als der Verstorbene hatte. Die Erben müßten daher ebenso wie dieser als körperliche Einheit auftreten. § 63 AktG sei entsprechend anwendbar. Danach sei die Ausübung der Rechte nur durch einen Vertreter zulässig. Dem wird man grundsätzlich beistimmen können. Eine Vervielfältigung der Gesellschaftsrechte und damit auch der Benutzungsrechte wird, wenn mehrere Anteilsberechtigte auftreten, ebensowenig möglich sein, wie bei den Pflichten[3]. Man wird aber nicht an einen besonderen beauftragten Vertreter zu denken brauchen, der nur dazu da ist, für die Miterben die Einrichtungen zu benutzen. Jeder einzelne Miterbe, der dann die Gesellschaftseinrichtung in der vorgesehenen Weise benutzt, ist dann als Vertreter der übrigen Miterben anzusehen. Das Maß der

[6] Wie es der gesetzlichen Stellung der Geschäftsführer in der GmbH nach § 35 II entspricht, s dazu Baumbach § 35 Anm 5, vgl auch § 709 I BGB.

[7] Baumbach § 35 Anm 6. — Ist im Gesvtrg bestimmt, daß zwei Gschführer gemeinschaftl die Ges vertreten, dann ist ein Miterbe nur zsm mit einem and Gschführer handlgs- u zeichngsberechtigt; sollen auch die Miterben—Geschäftsführer Einzelvertretungsbefugnis haben, dann ist besondere Bestellung erforderlich.

[8] Baumbach § 17 Anm 4. — Ist aber die Geschäftsführung nach § 35 II eine gemeinschaftliche, dann ist die Teilung des Geschäftsanteils auf die Geschäftsführungsbefugnis ohne Einfluß.

[1] Scholz § 18 Anm 8; s o § 11 Anm 11.

[2] s a CR 1948, 51.

[3] s o § 24 II.

Benutzung richtet sich nach dem Gesellschaftsvertrag. Ist danach dasselbe beschränkt, dann müssen die Miterben unter sich eine Benutzungsregelung treffen.

§ 28 3. Das Stimmrecht

I. Die sozialrechtliche Seite der Mitgliedschaft kommt namentlich im Stimmrecht des Gesellschafters zum Ausdruck. Für die Ausübung des Stimmrechts durch die Mitgliedsgemeinschaft gilt ebenfalls § 18 I. Danach könnten die Beteiligten ihre Stimme nur gemeinschaftlich abgeben, also nur einheitlich stimmen[1]. Stände ihnen auf den Geschäftsanteil nach dem Gesellschaftsvertrag nur eine Stimme zu, dann leuchtet ein, daß diese nur in einem Sinne abgegeben werden kann: entweder Zustimmung, Ablehnung oder Stimmenthaltung. Regelmäßig stehen aber einem Gesellschafter bei einer GmbH auf den Geschäftsanteil mehrere Stimmen zu. Nach § 47 II gewähren je 100 DM eines Geschäftsanteils[2] eine Stimme[3]. Da die Mindeststammeinlage 500 DM beträgt (§ 5 I), würde die Mindeststimmenzahl mithin fünf betragen. Ein mehrfaches Stimmrecht kann einem Gesellschafter aber nicht nur auf Grund eines Geschäftsanteils, sondern auch durch den Erwerb mehrerer Geschäftsanteile zustehen. In allen diesen Fällen fragt es sich, wie die Beteiligten die auf sie entfallenden mehreren Stimmen abgeben können. Zwei Probleme sind dabei zu unterscheiden:

a) das der uneinheitlichen Stimmabgabe überhaupt, welches auch bei einem einzelnen Gesellschafter auftritt, und

b) die besondere Situation bei der Erben-(Mitglieds-)gemeinschaft als Personenmehrheit, in der verschiedene Willensrichtungen bestehen können.

II. Im Fall zu a) ist die uneinheitliche Stimmabgabe ein sehr umstrittenes Problem. Die wohl noch h M vertritt den Standpunkt der einheitlichen Stimmabgabe[4]: „die Gesellschafter stimmen, nicht die Geschäftsanteile“[5] ein Gesellschafter könne nur eine Meinung haben, es sei widersinnig, wenn man seine Stimmabgabe teils für, teils gegen einen Antrag oder eine Maßnahme als gültig ansehen wolle, in Wirklichkeit habe ein so stimmender

[1] h M, Scholz § 18 Anm 6; CR 1948, 51, 1; Becker RdGmbH 1937, 248; Schiller 35. — Vgl über Stimmrecht insbes Küster (s o § 25 Anm 2).

[2] Genauer müßte es heißen: 100 DM „Stammeinlage“, da der Geschäftsanteil keinen Nennwert hat, Neukamp 14; so gewährt auch z B Art 808 schweizOR folgerichtig das Stimmrecht nach dem Betrag der Stammeinlage; unrichtig von Godin DJ 1943, 132 (s o § 7 Anm 10).

[3] Die Besonderheiten nach § 44 DM-BilG sollen hier u im folgenden unberücksichtigt bleiben.

[4] Scholz § 47 Anm 9; Hachenburg § 47 Anm 6, 9; Klausing 17, 23 ff; s o Anm 1.

[5] RGZ 157, 52 [57] = JW 1938, 1398.

Gesellschafter sich durch seine damit zum Ausdruck gebrachte Unentschlossenheit der Stimme enthalten, uäm.

Die Frage der uneinheitlichen Stimmabgabe spielt vor allem im Aktienrecht eine Rolle. Von dort aus vertritt teils auf Grund des Wortlauts der §§ 12 I 1, 114 I 1 AktG (früher § 252 HGB), zum größeren Teil aber auf Grund wirtschaftlicher Erwägungen eine beachtliche Gegenmeinung den Standpunkt, daß eine uneinheitliche Stimmabgabe zugelassen werden müsse[6]. Dieselben Erwägungen wird man auch im Recht der GmbH anstellen können[7]. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die mehreren Stimmen einem Gesellschafter auf Grund eines oder mehrerer Geschäftsanteile zustehen. Denn auch im letzteren Falle liegt ebensowenig wie im Aktienrecht auf Grund mehrfachen Aktienbesitzes eine mehrfache Mitgliedschaft vor, sondern nur eine einheitliche[8].

Im einzelnen kann den Problemen der mehrfachen Stimmausübung im Rahmen dieser Arbeit nicht nachgegangen werden. Für die Erbengemeinschaft ist nur festzuhalten, daß sie das Stimmrecht so ausüben kann, wie es der Erblasser hatte, daß sie also in den gesetzlichen (§ 47 IV) und statutarischen Fällen an der Ausübung gehindert ist, Stimmrechtsbindungsverträge im selben Maße einzuhalten hat[9] und in Fällen eines wirtschaftlichen Bedürfnisses ebenfalls zu einer divergierenden Stimmabgabe berechtigt sein kann, wie jeder Einzelgesellschafter auch.

III. Im Falle I b) könnte man entgegen der h M ein wirtschaftliches Bedürfnis an einer uneinheitlichen Stimmabgabe durch die Miterben deshalb bejahen, weil bei einer leicht auftretenden Meinungsverschiedenheit unter ihnen eine bestimmte Stimmabgabe nicht möglich, das Stmmrecht also praktisch gelähmt wäre. Dies würde weder im Interesse der Gesellschaft noch in dem der Mitgliedsgemeinschaft liegen. Initiative und Entscheidungskraft der einzelnen Beteiligten, die für die Gesellschafter vielleicht von großem Wert wären, könnten nicht zur Entfaltung kommen[10]. Nun schreibt allerdings

[6] Nachw bei Scholz aaO; s insbes Flechtheim BankA 1928/29, 418 ff; Horrwitz, ZBH 1929, 24 ff; Boehmer NJW 1949, 564 ff; JvGierke § 43 IV 4 h.

[7] Horrwitz 32; Flechtheim 421; Boehmer aaO; JvGierke § 50 VI 2 a; Schiller 33 f; RGZ 157, 52; insbes kann die uneinheitl Stimmabgabe durch Gesellschaftsvertrag gestattet sein, RGZ 137, 305 [311, 313].

[8] s o § 7 Anm 4.

[9] Stimmrechtsbindungsverträge haben nur schuldrechtl Wirkung, RGZ 124, 371 [380]; 112, 273 [279]; s a Wegener, Abstimmungsvereinbarungen der Gesellschafter, RdGmbH 1951, 189 ff; sie sind nicht sittenwidrig, unzulässig ist nur die Übertragg des Stimmrechts, BGH 10. 1. 51 NJW 1951, 268.

[10] Klausing 127 ff, insbes 138 ff will daher der Erbengemeinschaft wie allen an einer Mitgliedschaft beteiligten Personengemeinschaften (sogar u U Körperschaften, 46 ff, 150 ff) eine uneinheitliche Stimmabgabe bei der Beschlußfassung des Ober-

§ 18 I vor, daß die Mitberechtigten nur gemeinschaftlich zur Rechtsausübung befugt sind. Man wird daher nicht umhin können, die Zulässigkeit einer uneinheitlichen Stimmabgabe durch einzelne Miterben der Gesellschaft gegenüber zu verneinen[11]. Sie müssen hier als Einheit auftreten, da nur eine Mitgliedschaft vorliegt. Eine andere Frage ist, ob die Erben unter sich wirksam beschließen können, wie die Stimmen in der Gesellschafterversammlung abzugeben sind. Dem steht nichts entgegen. Einstimmigkeit ist hier nicht erforderlich, um zu einem Beschluß zu kommen[12]. Individual- und Gesellschaftssphäre sind klar zu trennen.

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag ein anderes als das gesetzliche Stimmrechtsverhältnis, insbesondere eine Abstimmung nach Köpfen[13], bestimmt.

§ 29 4. Sonstige Rechtsausübung

Auch für die Ausübung anderer mitgliedschaftlicher Rechte wie Anfechtungsrechte gegenüber Gesellschafterbeschlüssen, Antrags-, Widerspruchsrechte usw gilt für die Miterben grundsätzlich § 18 I. Sollte einmal der seltene Fall vorkommen, daß ein Gesellschaftsbeschluß einen einzelnen Miterben beschwert, dann muß ihm auch ein eigenes Anfechtungsrecht zustehen. Ebenfalls wird nichts dagegen einzuwenden sein, wenn im Einzelfall ein Miterbe in der Gesellschafterversammlung eigene Anträge stellt. Widerspruch können die Miterben wirksam nur gemeinschaftlich erheben. Auch das Erscheinen in der Gesellschafterversammlung kann allen Erben nicht verwehrt werden, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht die Ausübung der Rechte durch einen Vertreter ausdrücklich vorschreibt.

Eine besondere Frage in diesem Zusammenhang ist noch, ob ein Miterbe im eigenen Namen durch sog „actio pro socio" einen Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis gegen einen Mitgesellschafter geltend machen kann.

Dies würde voraussetzen, daß bei der GmbH dem Gesellschafter gestattet ist, einen Anspruch der Gesellschaft persönlich einzuklagen. Ist der be-

verbandes, bei dem die Mitgliedschaft besteht, gestatten. Wie sich die Verteilung der Stimmen gestaltet, richte sich allein nach der internen Beschlußfassung der Gemeinschaft, vor allem dann, wenn sich die Zahl der ihr zustehenden Stimmen nicht mit den internen Stimmrechtsverhältnissen bzw Anteilen decke, aaO 155.

[11] s o Anm 1; a A Klausing 144, der § 18 nur noch Bedeutung für die schlichte Rechtsgemeinschaft zumißt, weil sich bei allen anderen Gemeinschaften die Rechtsausübung nach ihren Regeln richte. — Wäre das richtig, dann verlöre die GmbH die Herrschaft über ihre internen Angelegenheiten.

[12] Sie könnten also bei Vorliegen eines wirtschaftl gerechtfertigten Bedürfnisses (s o II) auch beschließen, ihre Stimmen i d Gftervers gemeinschaftl im verschied Sinne abzugeben.

[13] Daß dies möglich ist, entspricht allg M, vgl Baumbach § 47 Anm 2 B.

treffende Gesellschafter Geschäftsführer, dann hat er dieses Recht, auch wenn Gesamtgeschäftsführung besteht[1]. Aber auch außerhalb der Geschäftsführungsbefugnis will *Ballerstedt*[2] im konkreten Einzelfall dem GmbH-Gesellschafter das Recht zur actio pro socio nicht versagen, wenn der Beschluß der Gesellschafterversammlung für ihn unbefriedigend ist[3]. Dem wird man zustimmen können, weil für den Gesellschafter einer GmbH ein solches Bedürfnis häufig nicht von der Hand zu weisen ist, beispielsweise wenn es sich darum handelt, einen anderen Gesellschafter zur Bewirkung der Einlage anzuhalten, insbesondere aber auch bei einer im Innenverhältnis als OHG ausgestalteten Sonderleistungs-GmbH oder bei einer Zweimann-Gesellschaft im Falle des Ausschlusses des anderen Gesellschafters. Begründen läßt sich dies bei der GmbH nur aus allgemein-gesellschaftsrechtlichen Gesichtpunkten[4]. § 432 BGB ist jedenfalls auch nicht entsprechend anwendbar.

Was für den Gesellschafter gilt, muß auch für seinen Erben gelten. Für einen Miterben innerhalb einer Mitgliedsgemeinschaft nach § 18 läßt sich eine Klagebefugnis im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft gegenüber den anderen Mitberechtigten am Geschäftsanteil nur aus einer entsprechenden Anwendung von § 744 II BGB herleiten.

Ist bei der Liquidation der Gesellschaft einem Gesellschafter ein Anspruch der GmbH gegen einen Dritten zugewiesen, dann ist dieser Gesellschafter zur persönlichen Geltendmachung dieses Anspruchs befugt[5]. Auf eine Erben-

---

[1] BGHZ 12, 308 = NJW 1954, 1159 hält bei der OHG ebenfalls den einzelvertragsberechtigten Gfter für befugt, uU einen Anspruch der Ges im eig Namen gegen einen Dritten geltend zu machen, wenn gem § 432 BGB Leistg an d Ges verlangt wird (gegen RGZ 86, 66 [72]). BGH 4. 5. 55 NJW 1955, 1027 = MDR 1955, 468 = BGHZ 17, 181 gesteht dieses Recht auch einem nicht vertretgsberechtigten Gfter unt entspr Anwendg v § 744 II BGB zu, s a Hueck OHG 77, Weipert § 115 Anm 22. Für die GmbH dürften diese Grundsätze entspr anwendbar sein, da ein Bedürfnis besteht, auch einem nicht vertragsberechtigten Gfter im Gesinteresse die Verfolgg eines Anspruchs der Ges gegen einen Dritten zu gestatten, wenn die Geschäftsführg dies versäumt.

[2] aaO 186, 189 f.

[3] aaO 190; zum Probl „actio pro socio" Hueck OHG 162 ff u Die Geltendmachung von Sozialansprüchen bei der OHG, ZAkDR 1944, 103 ff; vGodin ZAkDR 1943, 196; Weipert § 124 Anm 36; abl RGZ 171, 51 = DR 1943, 868 Anm v Boesebeck = ZAkDR 1943, 195; weit Nachw bei Ballerstedt 189.

[4] So Ballerstedt 187; s o § 4 I insbes Anm 16, 8.

[5] Schneider RdGmbH 1953, 123 in einer Anm zu BGH 17. 6. 53 aaO 122 = BB 1953, 572 NJW 1953, 1217 = BGHZ 10, 91. Der BGH hatte allerdings einen Fall aus dem Recht der OHG entschieden. Schneider hält die dabei ausgesprochenen Grundsätze auch auf die GmbH anwendbar.

gemeinschaft angewendet würde dies bedeuten, daß jeder einzelne Miterbe zur Geltendmachung des Anspruchs im eigenen Namen, aber auf Leistung an alle berechtigt ist. Hier gilt § 2039 BGB, da dieser Anspruch in den Nachlaß fällt.

§ 30 5. Erbengemeinschaft innerhalb einer Mitgliedsgemeinschaft

Es kann sich auch der Fall ereignen, daß ein Beteiligter an einer Mitgliedsgemeinschaft (§ 18) unter Hinterlassung mehrerer Erben stirbt. So kann beispielsweise am Erbteil eines Miterben eine weitere Erbengemeinschaft beteiligt sein, der ideelle Anteil an einer schlichten Rechtsgemeinschaft am Geschäftsanteil auf mehrere Erben übergehen, sich aus einer Gütergemeinschaft eine fortgesetzte Gütergemeinschaft bilden, in eine am Geschäftsanteil beteiligte Peronalgesellschaft eine Mehrheit von Erben als neue Gesellschafter eintreten usw. Grundsätzlich ist eine derartige Veränderung innerhalb der Mitgliedsgemeinschaft auf das Mitgliedschaftsgefüge der GmbH ohne Einfluß[1]. Auch solche Verhältnisse beurteilen sich nach § 18. Es gelten die obigen Ausführungen zu 1 bis 4 entsprechend.

Gehört eine Erbengemeinschaft einem rechtsfähigen Verband an, der Mitglied der GmbH ist, so ist für die Anwendung von § 18 grundsätzlich kein Raum, da eine Mitberechtigung am Geschäftsanteil nicht vorliegt. Die Mehrheitsverhältnisse und unterschiedlichen Bestrebungen innerhalb des betreffenden Verbandes sind für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte bei der GmbH unmittelbar ohne Einfluß[2]. Nur der Gesellschaftsvertrag könnte denkbarerweise Ausnahmen zulassen, also z B vorschreiben, daß eine bestimmte Gruppe oder ein bestimmtes Mitglied des Verbandes ausschlaggebend für die Ausübung der Mitgliedsrechte in der GmbH ist. Im letzteren Falle könnte ein solches Recht auf die Erben dieses Mitglieds übergehen, die es gemeinschaftlich ausüben.

[1] s u § 59.

[2] aA Klausing s o § 28 Anm 10.

Die Regelung der Erfolge durch Gesellschaftsvertrag

I. Allgemeine Bedeutung

§ 31

Wenn das Gesetz in § 15 I die Vererblichkeit des Geschäftsanteils und damit der Mitgliedschaft bei der GmbH bestimmt, dann hat es in erster Linie an die Erhaltung des Gesellschaftsunternehmens und des darin investierten Vermögens der Gesellschafter gedacht, das dem Erben nutzbringend erhalten bleiben soll.

Die Gesellschaft dient aber nicht nur dem Interesse des einzelnen Gesellschafters, sondern vor allem dem aller Gesellschafter. Vornehmlich wenn das Gesellschaftsverhältnis nicht als eine anonyme kapitalistische Ertragsquelle gedacht ist, sondern auf dem persönlichen Zusammenwirken der Gesellschafter aufbauen, wenn nur ein kleiner geschlossener Kreis von Personen daran teilhaben soll, kann ein Interesse der Gesellschafter an der Fernhaltung ungeeigneter und unerwünschter Personen, die durch Erbfolge in die Mitgliedschaft einrücken könnten, bestehen[1].

Die GmbH ist, wie bereits angeführt, ein Gesellschaftstyp, mit dem sich in weitgehender Weise fast sämtliche Zwecke, für die an sich spezielle Vereinigungstypen vom Gesetzgeber geschaffen sind, verwirklichen lassen[2]. Dem muß auch eine diesen Möglichkeiten anpaßbare mitgliedschaftliche Erbfolgeregelung entsprechen[3]. Beispielsweise wird eine im Innenverhältnis dem Idealverein oder der Wirtschaftsgenossenschaft angenäherte GmbH ein Interesse haben, die Erben eines Mitglieds von der Nachfolge in das Mitgliedschaftsverhältnis auszuschließen. Eine auf dem engen persönlichen Vertrauen der Teilhaber aufbauende GmbH wird den Tod eines Gesellschafters als Auflösungsgrund entsprechend der Regelung der §§ 727 I BGB; 131 Zf 4 HGB statuieren wollen. Eine als „OHG" ausgestaltete GmbH kann aber auch daran interessiert sein, nach dem Tode eines Mitgliedes das Gesellschaftsverhältnis unter Ausschluß der Erben oder nur mit einem bestimmten Dritten, ob er Erbe ist oder nicht, fortzusetzen. In besonderem Maße wird bei einer GmbH als Familiengesellschaft[4] das Bedürfnis bestehen, die Gesellschaft vor dem Eindringen fremder Mitglieder durch Erbfolge zu schützen[5].

[1] Gottschling 20 ff; Rückersberg, Schutz der GmbH gegen Eindringen unerwünschter Mitglieder, HansRGZ 1939, 209; Spindler, Der unerwünschte Gesellschafter, RdGmbH 1951, 165; Hueck DNotZ 1952, 556; s a RGZ 49, 141 [149].

[2] s o 4 II.

[3] Becker RdGmbH 1941, 245.

[4] Vgl Hinst, Welche Rechtsformen wählen Familiengesellschaften? Frankf Allg Ztg 24. 4. 1954 Nr 95, S 9.

[5] Zartmann, Schutz von Familien-Kapitalgesellschaften gegen Überfremdung, BB 1954, 69; Capelle BB 1954, 1076; s ferner insbes Knur 56 ff, 107 ff, 117 ff, 188 ff.

Derartiges ließe sich zwar durch die freie Gestaltung des Gesellschaftsvertrages auf Grund der §§ 3 II, 45 I, 60 II erreichen. Die Mitgliedschaft ist aber bei der GmbH mit dem Begriff des Geschäftsanteils verbunden[6]. Die Frage nach der möglichen Ausgestaltung seiner Vererblichkeit durch Gesellschaftsvertrag kann daher für die Erbfolgeregelung des Mitgliedschaftsverhältnisses in erster Linie von Einfluß sein. Ob dem Gesellschaftsvertrag hierin eine freie Gestaltung erlaubt ist, kann aus zwei Gründen zweifelhaft sein, nämlich

a) in Bezug auf den in § 15 festgelegten Grundsatz der Vererblichkeit des Geschäftsanteils,

b) hinsichtlich der Sicherungsfunktion des Geschäftsanteils für das Stammkapital.

Dies soll anschließend im einzelnen untersucht werden.

II. Die Unvererblichkeit und der Ausschluß der Vererbung des Geschäftsanteils

§ 32 1. Allgemeines

I. Aus § 15 ergibt sich die Möglichkeit eines Ausschlusses der Vererblichkeit des Geschäftsanteils ausdrücklich nicht. Allenfalls ließe sich aus § 15 V folgern, daß die Vererblichkeit gewissen Einschränkungen durch Gesellschaftsvertrag unterworfen werden dürfte. Tatsächlich nimmt dies auch eine Meinung an. Sie verneint die Möglichkeit eines völligen Ausschlusses der Vererblichkeit und läßt allenfalls Einschränkungen zu[1].

II. Demgegenüber nimmt eine andere Meinung an, daß sich aus § 15 V nicht nur die Möglichkeit eines gesellschaftsvertraglichen Ausschlusses der Veräußerlichkeit, sondern auch der Vererblichkeit entnehmen lasse. Dafür wird auch § 17 VI herangezogen, wo Veräußerung und Vererbung in Bezug

---

Klausing Neuordnung 40 ff berichtet üb Pläne, bei der GmbH Vorerwerbsrechte (Näherrechte) für den Geschäftsanteil beim Erbgang zu schaffen.

[6] s o § 7.

[1] Saenger 31; Scholz § 15 Anm 11, 12, JR 1955, 331; Brodmann § 15 Anm 6, 7; Baumbach-Hueck Anm 1 A; Wieland II 328; Hueck DNotZ 1952, 556, 558; Knur 108 ff; Gottschling 22; Fabian 12, 24; Burger 68; Cohn 18; Milewski 65 ff. — Das Problem bildet hier eine Parallele zu dem des Ausschlusses der Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils durch Gesellschaftsvertrag, s o § 21 Anm 3. Aber nicht alle Vertreter, die einen Vererblichkeitsausschluß ablehnen, verneinen auch einen Veräußerungsausschluß, z B Wieland II 324, der nur einen Abtretungsausschluß für möglich hält; s a die folg Anm.

auf den Ausschluß der Teilungsmöglichkeit des Geschäftsanteils einander gleichgestellt sind[2].

Diese sich auf den gesetzlichen Wortlaut stützende Ansicht befriedigt jedoch nicht. In § 15 V ist nur von „Abtretung" die Rede, wobei hier dahingestellt bleiben kann, ob daraus ein völliger Ausschluß der Abtretung entnommen werden darf. Mit dieser ist „Vererbung" nicht gleichzustellen[3], es sei denn, man versteht unter „Abtretung" nicht nur die Veräußerung, sondern auch die Vererbung. Eine solche Terminologie findet aber im Gesetz keine Stütze. „Abtretung" ist immer nur ein Rechtsgeschäft unter Lebenden[4]. Selbst wenn man unter den Begriff auch die „Abtretung im Wege der Erbfolge" durch Verfügung von Todes wegen bringen wollte, müßte man zugeben, daß die Fälle der gesetzlichen Erbfolge nicht erfaßt würden. Aus einer noch so weitgehenden Wortauslegung ist dem § 15 V nichts für die Vererbung des Geschäftsanteils zu entnehmen. Auch ein Analogieschluß kann nicht befriedigen. Abgesehen davon, daß aus der Abtretbarkeit eines Rechts noch nicht zwingend auf dessen Vererblichkeit und umgekehrt geschlossen werden kann[5], wäre es in § 15 V sicherlich vom Gesetzgeber deutlicher zum Ausdruck gebracht worden, wenn in Abweichung von § 15 I die Vererbung mit gemeint gewesen wäre. Ebenfalls läßt sich dem § 17 VI nichts für die Möglichkeit einer Ausschließung der Vererblichkeit des Geschäftsanteils entnehmen, da hier vom Ausschluß der Teilung bei der Vererbung gesprochen wird[6].

III. Demnach scheint es so, daß entweder der Grundsatz des § 15 I zwingender Natur ist, oder daß der Gesetzgeber die Frage des Vererbungsausschlusses der freien Gestaltung im Gesellschaftsvertrage überlassen wollte. Da sich das GmbHG und auch seine Entstehungsgeschichte darüber nicht auslassen, vertritt eine dritte Meinung die Ansicht der Gestaltungsfreiheit, wobei sie sich vor allem auf §§ 38, 40 BGB stützt, aber auch die Konstruktion des Vertrages zugunsten Dritter (§§ 328 ff BGB) zu Hilfe nimmt[7]. In

[2] So vor allem RGZ 80, 175 [179]; ferner Baumbach § 15 Anm 1; Siebern 19 f; abw Parisius-Crüger-Crecelius § 15 Anm 4, 8, die Vererblichkeitsausschluß aus § 17 VI folgern, aber nur Beschränkung der Veräußerlichkeit gem § 15 V annehmen; weit Angaben bei Scholz § 15 Anm 10 u Becker RdGmbH 1941, 245.

[3] Wieland II 328.

[4] Hachenburg § 15 Anm 64; Scholz § 15 Anm 10.

[5] Liebisch 147.

[6] Scholz aaO; Gottschling 22; Dilthey 44; Cohn 17; Neukirch 53.

[7] Im ersteren Sinne: OLG Kiel 3. 11. 1909 SchlHA 1910, 20 = GmbH—Rspr I § 15 Nr 53; Hachenburg § 15 Anm 1—3; Feine 378 insbes Anm 28; Bing 58; Becker RdGmbH 1937, 216; 1941, 245 f; Baumbach § 15 Anm 1; Becker-Schmidt 67, 127 f; Siebern 19 f; zweifelnd Scholz CR 1948, 48 ff. — Für Vertrag zugunsten Dritter RGZ 80, 175; Vogel § 15 Anm 4, dazu näheres s u §§ 37, 38. — Die Ansicht eines

§ 38 BGB scheint zwar gerade die umgekehrte Regelung wie in § 15 I getroffen zu sein. Enthält aber, wie offenbar angenommen wird, § 38 BGB ein allgemeines Rechtsprinzip, dann — so folgert man — müßte der gesellschaftsvertragliche Ausschluß der Vererblichkeit des Geschäftsanteils als Mitgliedschaftsverhältnis auch bei der GmbH möglich sein[8]. Damit erhebt sich sogleich die allgemeine Rechtsfrage, auf welchem Wege sich die Vererbung einer Rechtsposition vertraglich überhaupt ausschließen läßt. Theoretisch scheinen zwei Wege möglich:

1. Es wird zwischen demjenigen, der ein Recht für einen anderen bestellt, und dem Berechtigten vereinbart, daß das Recht mit dem Tode des Berechtigten aufhören solle zu bestehen. Dies kann man als Ausschluß der Vererblichkeit zu bezeichnen[9].
2. Oder es wird zwischen dem Berechtigten und dem Besteller des Rechts vereinbart, daß dasselbe mit dem Tode des Berechtigten unmittelbar, ohne erst an den Erben zu fallen, auf den Bestellter des Rechts oder einen Dritten übergehen solle. In diesem Falle, wo das Recht als solches erhalten bleibt und nur der Vererbung im konkreten Einzelfall entzogen werden soll, kann man von einem Ausschluß der Vererbung im engeren Sinne sprechen[10].

Unter diesen Gesichtspunkten sollen nunmehr die theoretisch beim Geschäftsanteil möglichen, vom Grundsatz des § 15 I abweichenden gesellschaftsvertraglichen Regelungen untersucht werden.

2. Die Unvererblichkeit des Geschäftsanteils

§ 33 **a) Auflösende Bedingung**

Im obigen Falle zu 1. könnte eine Unvererblichkeit dadurch erreicht werden, daß der Erwerb einer Rechtsposition unter eine auflösende Bedingung gestellt wird[1]. Beim Geschäftsanteil wäre aber eine gesellschaftsvertrag-

---

Vererblichkeitsausschlusses ist m E zuerst von Gareis 47 vertreten worden. Nicht ganz klar ist es, ob RGZ 49, 141 [149] auch das Eindringen unerwünschter Erben meint, das der Gesellschaftsvertrag durch entspr Bestimmung verhindern könnte.

[8] Nur darüber besteht im Grunde Einigkeit unter den Vertretern und den Gegnern des Vererblichkeitsausschlusses, daß der Gesellschaftsvertrag bestimmen müsse, was aus dem Geschäftsanteil wird, wenn die Vererblichkeit ausgeschlossen od beschränkt werden soll.

[9] Cohn 13 f sowie Milewski 63 sprechen von „absoluter" bzw „vollkommener" Unvererblichkeit.

[10] Cohn 22, Milewski 66 sprechen hier von „beschränkter Vererblichkeit", aber eine Vererbung soll ja überhaupt nicht, auch nicht im beschränkten Maße eintreten. Scholz CR 1948, 49 (d, aa) unterscheidet zwischen einem Ausschluß der „Vererblichkeit" u dem der „Vererbung im Einzelfalle", so auch JR 1955, 331.

[1] Kipp § 1 II; Cohn 13; s a Staudinger-Boehmer Einl Erbrecht § 21 VI.

liche Ausgestaltung derart, daß der Geschäftsanteil nach dem Tode eines Gesellschafters an die GmbH fallen solle, mit der Sicherung des Stammkapitals nach §§ 30, 33 unvereinbar[2]. Ein Geschäftsanteil kann nur auf dem einzigen gesetzlich zulässigen Wege der Einziehung nach § 34 verschwinden. Nur wenn es möglich wäre, die Wirkung der Einziehung im Zeitpunkt des Todes eines Gesellschafters eintreten zu lassen, bliebe ein Ausschluß der Vererblichkeit des Geschäftsanteils und damit auch der Mitgliedschaft erreichbar[3].

b) Die Einziehung des Geschäftsanteils § 34

Die Beantwortung der Frage, ob der Geschäftsanteil durch eine statutarisch festgelegte Einziehung als unvererbliches Rechtsgut eines Gesellschafters ausgestaltet werden kann, hängt davon ab, welches Verfahren bei der Einziehung zu beachten ist[1]. § 34 schreibt vor, daß die Einziehung im Gesellschaftsvertrag zugelassen sein muß (Abs 1), daß sie der Zustimmung des betroffenen Anteilsberechtigten bedarf, soweit die einzelnen Einziehungstatbestände nicht bereits vor dem Erwerb des Anteils im Gesellschaftsvertrag festgesetzt sind (Abs 2) und daß die Vorschriften des § 30 über die Erhaltung des Stammkapitals zu beachten sind (Abs 3). Diese Bestimmungen regeln nur die Voraussetzungen der Einziehung und nicht ihr Verfahren[2]. Dieses ergibt sich aber aus der praktischen Anwendung der Grundsätze des § 34.

I. Heißt es z B im Gesellschaftsvertrag „Der Geschäftsanteil eines Gesellschafters kann eingezogen werden", so ist damit im Sinne von § 34 I bloß die Möglichkeit einer Einziehung ausgesprochen. Die Gesellschaft kann im beliebigen Fall die Einziehung beschließen, wenn der betreffende Gesellschafter, dessen Anteil eingezogen werden soll, zustimmt. Es ist damit in § 34 I nichts weiteres zum Ausdruck gebracht, als daß eine mitgliedschaftliche Rechtsstellung nicht ohne Zustimmung seines Inhabers beeinträchtigt werden darf[3]. Auf die Vererblichkeit des Geschäftsanteils hat dies keinerlei Einfluß.

§ 33 [2] Cohn 18; Milewski 65; Gottschling 22; RG DNotZ 1943, 241 = DR 1943, 812[19] = Recht 1943 Nr 2368.

[3] Scholz § 15 Anm 12; Knur 108.

§ 34 [1] Scholz CR 1948, 49, JR 1955, 331.

[2] Scholz § 34 Anm 1; Knur 108, der § 193 AktG für entspr anwendbar hält. — Nach h M erfordert die Einziehung einen körperschaftlichen Akt in Form eines Beschlusses u außerdem den Zugang einer Erklärung an den betr Gesellschafter, Baumbach § 34 Anm 3; Zimmermann RdGmbH 1929, 587 ff, 589; Becker RdGmbH 1941, 244; s a Hachenburg § 34 Anm 23; Brodmann Anm 3; Scholz Anm 8; Feine 454 ff. Gegen Anwendung aktienrechtlicher Vorschriften bei der Einziehung BGH NJW 1953, 780 = BGHZ 9, 157 ff.

[3] s o § 5 Anm 49; s a Scholz Ausschließung 24 Anm 82.

Eine derartige Satzungsbestimmung, die nichts weiteres als einen Grundsatz ohne Inhalt feststellt, wird selten sein. In der Praxis des Gesellschaftslebens gewinnt nur der § 34 II Bedeutung. Als Einziehungsvoraussetzung kann danach auch der Tod eines Gesellschafters und die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden. Heißt es beispielsweise darin „Beim Ableben eines Gesellschafters kann dessen Geschäftsanteil eingezogen werden", dann liegen die Voraussetzungen im Sinne von § 34 II fest, so daß die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters unterstellt werden kann[4]. Aber auch eine solche Satzungsbestimmung läßt durch das Wörtchen „kann" den Entschluß und die Durchführung der Einziehung noch offen. Erfüllt der Erbe eines Gesellschafters die in ihn gesetzten Erwartungen nicht, dann muß sich die Gesellschaft darüber schlüssig werden, ob sie ihn durch Einziehung des ererbten Geschäftsanteils aus der Gesellschaft ausschließen will. Dies würde aber eine bereits eingetretene Vererbung des Geschäftsanteils voraussetzen. Eine Beschlußfassung der Gesellschafter (§ 46 Zf 4) oder des nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages für die Beschlußfassung zuständigen Organs[5] wäre erforderlich. Zur Wirksamkeit des Beschlusses bedürfte es aber auch noch einer Kundgebung demjenigen gegenüber, gegen den sich die Einziehung richtet, also gegen den Erben. Erst mit dem Zugang einer entsprechenden Erklärung (§ 130 BGB) ist die Einziehung wirksam geworden. Eine Verhinderung der Erbfolge könnte durch eine solche Satzungsbestimmung mithin nicht erreicht werden.

II. Soll die Gesellschaft aber mit dem Erben unter keinen Umständen fortgesetzt werden, heißt es also im Gesellschaftsvertrag etwa „Beim Tode eines Gesellschafters wird dessen Geschäftsanteil eingezogen" oder „... ist dessen Geschäftsanteil einzuziehen", so liegt der Einziehungstatbestand eindeutig fest, so daß es keiner besonderen Entschließung der Gesellschaft oder Erben mehr bedarf[6]. Die Gesellschaft hätte daher nur das Vorliegen der Einziehungsvoraussetzungen festzustellen und dem Erben gegenüber die Einziehung durch Abgabe einer Einziehungserklärung zu vollziehen. Da die Einziehung erst mit dem Zugang der Erklärung der Ge-

[4] Baumbach § 34 Anm 2 B.

[5] Baumbach § 34 Anm 2 A; Zimmermann aaO 590.

[6] Ein dennoch gefaßter Beschluß, der das Gegenteil aussprächе, nämlich daß der Geschäftsanteil nicht eingezogen würde, wäre ungültig; anders nur, wenn zugleich Satzungsänderung beschlossen würde, die aber nach § 53 der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfte. Die Gesellschaft könnte sogar, wenn i übr die Einziehungsvoraussetzungen gegeben sind, zur Einziehung gezwungen werden, da die Einziehungsvoraussetzungen bereits festliegen und ein Eingriff in die Willensbildung der Gesellschaft nicht erfolgen würde; a A wohl Scholz Ausschließung 5; Dilthey 6; Zimmermann 589.

sellschaft dem Erben gegenüber wirksam wird (§ 130 BGB), würde der durch den Erbfall bereits eingetretene Übergang des Geschäftsanteils auch hier durch die Einziehung nicht verhindert werden können[7].

III. Hierbei könnte gefragt werden, wieso es noch einer Einziehungserklärung bedarf, wenn die Voraussetzungen der Einziehung bereits derartig eindeutig im Gesellschaftsvertrag festgelegt sind, daß die Einziehung auch mit Eintritt des Todes des Gesellschafters von selbst wirksam werden könnte. Wäre im Gesellschaftsvertrag auch folgende Formulierung möglich: „Mit dem Zeitpunkt des Todes eines Gesellschafters gilt dessen Geschäftsanteil als eingezogen" oder „... ist dessen Geschäftsanteil eingezogen"?[8]. Der Geschäftsanteil könnte dann ohne weiteres erlöschen, und die Wirkung des Vererblichkeitsausschlusses wäre damit tatsächlich eingetreten. Die Erben brauchten in einem solchen Falle nicht schlechter gestellt zu sein als nach § 138 HGB, wo sie von Anfang an auch keine Aussicht auf Fortsetzung der Mitgliedschaft des Erblassers bei der OHG besitzen.

Die GmbH bleibt jedoch bei noch so starker personeller Ausgestaltung immer noch auf der durch die Stammeinlage gebildeten Kapitalgrundlage aufgebaut, die als Garantiefonds den Gläubigern erhalten bleiben muß. Aus diesem Grunde ist bei der Einziehung in jedem Falle § 30 zu beachten[9]. Ein Verstoß gegen das darin ausgesprochene Verbot einer Rückzahlung von Stammkapitalmitteln läge vor, wenn bei einer entgeltlichen Einziehung das Entgelt aus Mitteln des Stammkapitals gezahlt würde.

Hat die Gesellschaft keine anderen Mittel zur Verfügung, um ein Entgelt zu zahlen (Gewinne, Rücklagen), so läßt sich die Einziehung nur durch Herabsetzung des Stammkapitals unter den erschwerten Voraussetzungen des § 58 durchführen, würde in diesem Falle also ohnehin ein Beschluß der Gesellschaft notwendig machen. Entspricht die Höhe des Stammkapitals nur der Mindestsumme von 20 000 DM[10], so ist die Einziehung normalerweise gar nicht möglich (§ 58 II), wenn sich der Erbe nicht mit einer Stundung des Entgelts einverstanden erklärt, also seine Zustimmung doch wieder erfor-

[7] Knur 109. — Bei mehreren Erben müßte die Erklärung, wenn die Einziehung vor Ablauf eines Monats seit dem Anfall der Erbschaft erfolgte, jedem einzelnen gegenüber abgegeben werden (§ 18 III).

[8] Dafür Feine 385 u KG 19. 12. 1940 GmbH—Rspr IV § 34 Nr 10 = Soergel Rspr 1941, 181 Nr 34. Das KG hat diese Möglichkeit allerdings bei Entscheidung eines Falles bejaht, bei dem für eine auf den Todeszeitpunkt des Gesellschafters eintretende Einziehung des Geschäftsanteils keine Veranlassung bestand, wo sogar dem anderen Gesellschafter (einem Ehegatten) dieser Anteil mit dem Tode des zuerst Versterbenden anfallen sollte, der Anteil darum auch gar nicht verschwinden durfte. Das KG hat offenbar den Begriff „Einziehung" irrtümlich angewandt; zutr Becker in seiner Kritik RdGmbH 1941, 243 sowie Scholz § 34 Anm 8 u CR 1948, 49.

[9] s a RGZ 142, 286 [290]; Bing 61.

[10] Die Besonderheiten nach § 44 DM-BilG sollen hier außer Betracht bleiben.

derlich ist, oder das Entgelt nur aus Nachschüssen der Gesellschafter (§ 26) aufgebracht werden kann. Ist eine Nachschußpflicht nicht vorgesehen, wollen die anderen Gesellschafter aber den Erben loswerden, dann müßten sie durch freiwillige Zahlungen das Entgelt aufbringen[11].

Aber auch wenn der Geschäftsanteil unentgeltlich eingezogen würde[12], so müßte immer noch geprüft werden, ob der Geschäftsanteil voll eingezahlt war, da bei seiner Einziehung ohne Kapitalherabsetzung dies zum Erlaß der restlichen Stammeinlage führen würde, die Aufbringung des erforderlichen Stammkapitals insoweit also nicht mehr gesichert wäre.

Aber selbst wenn die Stammeinlage voll eingezahlt war, müßte weiterhin noch geprüft werden, ob nicht Rückzahlungen aus Mitteln des Stammkapitals an den Erblasser geleistet waren, für deren Rückerstattung die Erben in erster Linie haftbar sind (§ 31).

Aus allen diesen Erwägungen ergibt sich für das Einziehungsverfahren, daß vor seiner Durchführung die Voraussetzungen für seine Zulässigkeit insbesondere im Hinblick auf § 34 III von der Gesellschaft sorgfältig zu prüfen sind. Dem entspricht es, daß die Einziehung in jedem Fall einer Rechtshandlung seitens der Gesellschaft bedarf, wobei es sich lediglich nach dem Gesellschaftsvertrage richtet, ob ein formeller Beschluß oder nur eine Erklärung an den betroffenen Erben seitens der Gesellschaft erforderlich ist.

IV. In keinem Falle läßt es sich also vermeiden, daß der Geschäftsanteil zunächst erst einmal auf den Erben übergeht. Wegen des im Interesse der Erhaltung des Stammkapitals notwendig formellen Charakters der Einziehung ist daher ein automatisches Verschwinden des Geschäftsanteils im Zeitpunkt des Todes eines Gesellschafters ausgeschlossen[13].

[11] RGZ 93, 326 [329]; Becker RdGmbH 1930, 573.

[12] Dies kann nach allg M durch Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, Scholz § 34 Anm 10; Feine 456; Dilthey 5; Knur 112 ff (s u § 42 Anm 10), kann jedoch in Einzelfällen unwirksam sein, z B wenn pfändende Gläubiger oder Konkursgläubiger benachteiligt werden, Becker RdGmbH 1934, 425; Scholz § 15 Anm 84; Gottschling 21; Vogel DNotZ 1950, 455 ff, 451; RGZ 142, 273 = DJ 1933, 163 = JW 1934, 550 dazu Knur 94 ff; OLG Hamburg DNotZ 1950, 472 m abl Anm v Schmidt.

[13] Knur 110; Hueck DNotZ 1952, 556; Scholz § 15 Anm 11, § 34 Anm 8 u CR 1948, 49, JR 1955, 331. Aus diesem Grunde ist es auch nicht möglich, daß die Einziehung zu Lebzeiten eines Gesellschafters aufschiebend bedingt oder befristet beschlossen wird. Die Einziehung ist ein bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft, so Knur aaO mit ausführlicher Begründung; zweifelnd Scholz CR aaO. Dagegen hält Hachenburg-Schilling § 15 Anm 3 eine Einziehung im voraus für den Todesfall des Gesellschafters kraft Satzung für zulässig, wenn die Stammeinlage voll eingezahlt ist.

3. Der Ausschluß der Vererbung des Geschäftsanteils

a) Begründung fremder Rechte § 35

I. Ein Vererbungsausschluß erschiene möglich, wenn der Geschäftsanteil auf Grund einer entsprechenden schuldrechtlichen Vereinbarung beim Tod des Gesellschafters der Gesellschaft oder einem Dritten unmittelbar zufallen könnte, ohne erst auf den Erben überzugehen.

1. So wäre denkbar, daß einem Dritten mit dem Tode des Gesellschafters die Ausübung der Rechte aus dem Geschäftsanteil eingeräumt wird. In einem solchen Falle könnte es sich nur um eine Nießbrauchbestellung handeln, wobei allerdings zweifelhaft wäre, ob der Dritte als Nießbraucher auch zur Ausübung der persönlichen Gesellschafterrechte befugt ist oder ob er – wohl richtiger Ansicht nach – nur in den Genuß der wirtschaftlichen Vorteile des Geschäftsanteils, insbesondere des Gewinns und des Liquidationserlöses kommen soll[1].

2. Denkbar wäre weiterhin, daß der Geschäftsanteil schon zu Lebzeiten des Gesellschafters an einen Dritten übertragen wird, daß aber die Anmeldung des Rechtsübergangs bei der Gesellschaft nach § 16 bis zum Tode des Veräußerers vereinbarungsgemäß unterbleibt. Dieser gälte im Verhältnis zur Gesellschaft noch als Gesellschafter, im Verhältnis zum Erwerber hätte er nur noch das Recht, die Gesellschafterstellung auf Lebenszeit als Nießbraucher, Pächter, Treuhänder oder auf Grund eines ähnlichen Verhältnisses auszuüben[2].

3. Schließlich ist auch der besondere Fall denkbar, daß ein Dritter oder die Gesellschaft durch einen entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrag[3] nach § 15 IV einen Anspruch auf Übertragung des Geschäftsanteils im Zeitpunkt des Todes des Gesellschafters erwirbt[3a].

[1] Scholz § 15 Anm 87 ff; s a RG JW 1934, 976 m Anm v Siebert aaO 1116.

[2] Wird in dieser Weise eine Übertragung auf den Erben vorgenommen, dann kann darin wirtschaftl eine „vorweggenommene Erbfolge", aber keine Umgehung eines einer letztwilligen Verfügung unterliegenden Rechtsgeschäfts erblickt werden, BGH 12. 11. 52 NJW 1953, 183 = (ausf) Rdl 1953, 45 bzgl Hofübergabevertrag. — Schenkungs- u erbschaftssteuerl ist diese Art der Übertragg bes günstig, Böttcher, Forkel-Blattei d Rechts- u Wirtschprax, Erbschsteuer II B 4 a bzgl Anteil an Personalges.

[3] Für den Fall der Schenkung eines Geschäftsanteils an die Ges od den Dritten auf den Todesfall des Gfters sind allerdings die erbrechtl Formvorschriften zu beachten (§ 2301 BGB). Ein solcher Vertrag wird von den Beteiligten meist aber gar nicht beabsichtigt sein, zutr Scholz § 15 Anm 11; unter Umgehung der erbrechtl Formvorschr will man dasselbe Ergebnis mit einer Vertragsgestaltg nach §§ 328, 331 BGB zu erreichen versuchen, darüber s u §§ 37, 38.

[3a] Eine Zuwendg der Mitgliedschaft mittels durch Tod des Gesellschafters aufschiebend bedingten Verfügungsvertrages wäre bei der GmbH wegen der Formvorschriften der §§ 15, 16 nicht zulässig, anders wohl bei der OHG, dazu Siebert NJW 1955, 812.

II. Bei keiner dieser drei Möglichkeiten findet ein Vererbungsausschluß statt. Im Falle zu 1. erwürben die Erben den Geschäftsanteil belastet mit dem Nießbrauch eines Dritten. Im Falle zu 2. hätte der Erblasser materiell die Berechtigung schon zu seinen Lebzeiten verloren. Es fände nur infolge seines Todes ein anderes Rechtsverhältnis seine Beendigung (z B der Nießbrauch des Erblassers). Im Falle zu 3. ließe sich zunächst der Übergang des Geschäftsanteils auf den Erben nicht verhindern. Letzterer hätte mit ihm nur die Verpflichtung erworben, ihn auf den bezeichneten Nachfolger zu übertragen.

III. Ist allerdings die Verpflichtung zur Abtretung nach § 3 II in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen[4], dann hat sie nicht schuldrechtliche sondern gesellschaftsrechtliche Wirkung[5]. Ist die GmbH selbst die Übernehmerin, dann muß § 33 beachtet werden[6].

§ 36 b) Rückwirkende Anmeldung

Wird der Geschäftsanteil schon zu Lebzeiten des Gesellschafters an einen Dritten veräußert, aber die Anmeldung nach § 16 erst nach dem Tode des Gesellschafters vorgenommen, so entsteht die Frage, ob die Anmeldung des Dritten nach § 16 mit rückwirkender Kraft auf den Zeitpunkt des Todes erfolgen kann. Würde dies zulässig sein, dann träte tatsächlich der neue Gesellschafter unter Ausschluß der Erben unmittelbar in die Rechtsposition des alten Gesellschafters ein. Mißt man aber dem § 16 nach h M nur Legitimationswirkung zu[1], dann kommt es materiell allein auf den Zeitpunkt der Rechtsübertragung und nicht auf den der Anmeldung an, mit dem Ergebnis, daß der Geschäftsanteil zunächst auf den Erben übergegangen wäre. Legt man dagegen der Vorschrift rechtsbegründende Kraft bei, dann wird man die Zulässigkeit eines rückwirkenden Eintritts eines neuen Gesellschafters ebenso wie bei einer Personalgesellschaft verneinen müssen[2]. Die

[4] Diese Möglichkeit entspr allg M: RGZ 121, 294 [299]; OLG Kiel (s o § 31 Anm 7); Hachenburg § 3 Anm 26; Vogel § 15 Anm 4; Scholz § 3 Anm 22, § 15 Anm 12; Hueck DNotZ 1952, 557; Knur 43, 116; Saenger 35 f; Cohn 36 ff; Triebner 66.

[5] s o § 7 Anm 9; a A RG DNotZ 1943, 241 = DR 1943, 812[19] = Recht 1943, Nr 2368. Hier war in der Satzung einer GmbH die Vererblichkeit des Geschäftsanteils ausgeschlossen u bestimmt, daß beim Tode eines Gesellschafters dessen Geschäftsanteil ohne weiteres auf die Gesellschaft gegen Auszahlung der Erben übergehen solle. Das RG sah darin nur eine schuldrechtliche Verpflichtg; ebenso Hachenburg § 15 Anm 3; Bing 62.

[6] Insoweit zutr RG aaO.

[1] s o § 10 Anm 5.

[2] Zunft, Grenzen der Rückwirkung im Zivil- und Prozeßrecht, AcP 152, 289 ff, 313; BGH 14. 3. 55 BB 1955, 490 (Kommanditanteil).

GmbH verlöre andernfalls durch Ausschaltung der Erben einen Rechtsvorgänger (§§ 22, 16 III), auf den sie zur Sicherung des Stammkapitals wirksam nicht verzichten kann[3].

c) Vertrag zugunsten Dritter

§ 37

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß ein Dritter den Geschäftsanteil im Zeitpunkt des Todes des Gesellschafters erhalten soll, dann könnte darin ein Vertrag zugunsten des Dritten zu sehen sein. Von der Frage, wer zu einer Leistung verpflichtet werden soll, der Gesellschafter oder die Gesellschaft, würde die Beurteilung des Vertrages nach § 328 BGB oder § 331 BGB abhängig sein.

I. Ein Vertrag nach § 328 BGB wäre gegeben, wenn der Vertragszweck im Interesse der Gesellschaft läge, was meist gewollt sein wird. Der Gesellschafter ist dann Versprechender, die Gesellschaft Versprechensempfängerin. Der Inhalt der Leistung, die vom Gesellschafter zu erbringen wäre, bestände darin, sich zur Abtretung des Geschäftsanteils im Zeitpunkt des Todes zu verpflichten. Da diese Leistung naturgemäß nicht vom Gesellschafter erbracht werden kann, geht sie als Leistung auf den Geschäftsanteil auf den Erben über[1]. Dieser muß den zunächst auf ihn übergegangenen Geschäftsanteil an den Dritten abtreten. Ein Ausschluß der Vererbung läßt sich also durch § 328 BGB nicht erreichen[2].

II. Ein Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall nach § 331 BGB läge nur vor, wenn die Gesellschaft dem Gesellschafter im Zeitpunkt seines Todes eine Leistung an den Dritten verspräche[3]. Dann wäre der Gesellschafter Versprechensempfänger. Die Leistung könnte normalerweise aber nicht in der Übertragung des Geschäftsanteils bestehen, da dieser dem Gesellschafter zusteht.

1. Die Verpflichtung der Gesellschaft könnte entweder den Inhalt haben, den Dritten als Mitglied aufzunehmen, d h praktisch die Genehmigung zur Abtretung zu erteilen, wenn dieses Erfordernis im Gesellschaftsvertrage

[3] Dieses Argument ließe sich auch gegen die Annahme einer mögl Einziehung eines Geschäftsanteils mit rückwirkender Kraft verwenden. Eine solche ist überhaupt als unzulässig anzusehen. Nur im Ausnahmefall des § 43 III DM-BilG ist sie gestattet.

[1] Scholz § 3 Anm 22, § 15 Anm 12; Hachenburg § 15 Anm 3; Milewski 53 ff, 68 ff; i übr s o § 35 Anm 4. Der Einwand, eine solche Verpfl sei unmöglich, weil sie der Erblasser infolge seines Todes nicht erfüllen könne, den Erben aber lediglich belaste, wäre nicht haltbar, da man annehmen muß, daß der Erbe die Übertragung nicht für sich, sondern für den Erblasser, also gleichsam in dessen Auftrag vornimmt (vgl § 673 BGB).

[2] Zutr Scholz § 15 Anm 12.

[3] Hueck DNotZ 1952, 557 hält § 331 BGB überhaupt nicht für anwendbar.

vorgeschrieben ist[4], oder an ihn Leistungen gemäß den mit dem Geschäftsanteil als Vermögenswert verbundenen übertragbaren Ansprüchen des Gesellschafters, wie z B Zahlung des Gewinns- oder Auseinandersetzungsguthabens oder eines Entgelts für die Übernahme oder Einziehung des Geschäftsanteils durch die Gesellschaft zu erbringen.

2. Ausnahmsweise könnte die Verpflichtung der Gesellschaft aber auch dahin gehen, dem Dritten den Geschäftsanteil selbst zu übertragen, sei es daß der Gesellschafter ihr Auftrag und Vollmacht erteilt hat, die Übertragung nach seinem Tode vorzunehmen (sog mandatum post mortem)[5], sei es daß der Gesellschafter der Gesellschaft den Geschäftsanteil dieses Zweckes wegen schon zu seinen Lebzeiten treuhänderisch übertragen hatte[6]. Aber auch in diesen Fällen wird auf Grund des Vertrages nur ein Forderungsrecht des Dritten gegen die Gesellschaft als Versprechende begründet. Der Geschäftsanteil könnte nicht direkt auf ihn übergehen. Ein Vererbungsausschluß findet daher ebenfalls nicht statt.

III. Möglich ist aber auch, daß die Vereinbarung teils im Interesse der Gesellschaft, teils in dem des Gesellschafters getroffen wird, so daß jedem eine Leistung an den Dritten obliegt[7]. Dann ist jeder zugleich Versprechender und Versprechensempfänger. Inwieweit ein solcher Fall vorliegt, ist Auslegungsfrage. Ebenso ist Auslegungsfrage, ob nach § 335 BGB der Versprechensempfänger die Leistung an den Dritten fordern kann. Liegt die Vereinbarung im Interesse der Gesellschaft, dann wird man dies regelmäßig bejahen müssen. Ferner kann fraglich sein, ob dem Dritten ein eigenes Recht zustehen soll, die Leistung zu fordern. Im Interesse der Gesellschaft wäre die Begründung eines solchen Rechts nicht ratsam, da die Gesellschaft dann gebunden wäre und den Dritten nur in besonders gelagerten Fällen zurückweisen könnte[8]. In jedem Falle behält der Dritte das Recht, die Leistung zurückzuweisen (§ 333 BGB).

[4] Milewski 72 ff hält die Gesellschaft sogar für verpflichtet, auf Anfordern des Dritten die Abtretung des Geschäftsanteils an ihn gegen die Erben durchzusetzen.

[5] Vins ZHR 86, 325 ff, 333; Neukirch 30 ff. Mit Recht bemerkt Saenger 35, daß dies ein wenig üblicher u unzweckmäßiger Weg ist, ebenso Fabian 23, der auch richtig erkennt, daß die Erben nur in ihren Rechten beschränkt würden, ohne an und für sich die Leistungspflicht zu verlieren. Die Gesellschaft hätte gleichsam die Stellung eines Testamentsvollstreckers. Über posthume Vollmacht s a näheres bei Endemann 219 f.

[6] Endemann 221; Fabian aaO. Nach Becker RdGmbH 1941, 243 ist treuhänderische Verfügungsbefugnis der Gesellschaft anzunehmen, wenn entsp § 21 der Geschäftsanteil bei Tod des Gesellschafters der Gesellschaft verfallen soll. Hier geht der Geschäftsanteil anders als bei der Einziehung nicht unter, sondern bleibt erhalten; vgl entspr RGZ 145, 293 für OHG.

[7] Saenger 34; Milewski 72 ff.

[8] z B wegen Veränderung der Geschäftsgrundlage aus § 242 BGB, RGZ 92, 163 [167]; Würdinger I 102; s u § 46.

Ergibt sich demnach aus einem Vertrag zugunsten Dritter keine Möglichkeit für einen Vererbungsausschluß im Zeitpunkt des Todes des Gesellschafters, weil das Mitglied entweder schon zu seinen Lebzeiten über den Geschäftsanteil verfügt hatte, oder dieser notwendigerweise erst auf den Erben übergehen mußte, dann bleibt nur noch die Frage zu prüfen, ob die Wirkung eines Vererbungsausschusses durch eine im Zeitpunkt des Todes des Gesellschafters wirksam werdende Verfügung zugunsten eines Dritten erreicht werden kann. Gesellschaft und Gesellschafter müßten sich darüber einig sein, daß im Zeitpunkt des Todes des letzteren der Geschäftsanteil auf einen näher bezeichneten Dritten automatisch übergehen und ihm zustehen soll. Dieser müßte im selben Zeitpunkt den Geschäftsanteil erhalten haben, also Gesellschafter geworden sein.

Durch direkte Anwendung der §§ 328 ff BGB kann dies jedenfalls nicht erreicht werden. Wenn auch der Dritte einen eigenen Anspruch auf die Leistung erhalten sollte, so erwirbt er damit doch nicht zugleich die Rechtsposition des Versprechensempfängers. Steht beispielsweise dem Versprechensempfänger gegen den Versprechenden ein Eigentumsherausgabeanspruch nach § 985 BGB zu und wird vereinbart, daß die betreffende Sache an einen Dritten herauszugeben ist, dann erwirbt dieser damit weder das Eigentum noch den Eigentumsherausgabeanspruch, sondern nur einen eigenen Anspruch auf Herausgabe der Sache auf Grund des zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrages. Ebensowenig wird der Verleiher, Verpfänder, Käufer u a m, wenn an ihn durch Vertrag zugunsten Dritter auf Grund eines dieser Verhältnisse eine Leistung erfolgen und er damit auch einen eigenen Anspruch gegen den Versprechenden erwerben soll[1]. Die Rechtsposition des Versprechensempfängers kann er immer erst durch einen Abtretungsvertrag nach §§ 398 ff BGB oder nach § 931 BGB erwerben. Erst dann ist seine Rechtsstellung vom Vertrage nach §§ 328 ff BGB, auf dem sie beruht, unabhängig[2]. Mit der Abtretung des Rechts liegt dann freilich ein Vertrag zugunsten Dritter nicht mehr vor. Dasselbe gilt sowohl für die Übertragung

[1] Hellwig 255 betont ganz richtig, daß es sich beim „Vertrag zugunsten Dritter" nur darum handelt zu bestimmen, an wen die Leistung zu erbringen ist, vgl auch aaO 259, 53 f. Die Gesetzesüberschrift zu den §§ 328 ff BGB lautet ja auch: „Versprechen der Leistung an einen Dritten." Durch den Ausdruck „Vertrag zugunsten Dritter" wird diese Bedeutung verwischt. Auch wenn dessen Rechtsposition so stark ist, daß er selbst das Recht erhält, die Leistung zu fordern, und dieses Recht ohne seine Zustimmung nicht mehr geändert werden darf (§ 328 II BGB) liegt keine unmittelbare dingliche Rechtsübertragung in dem Vertrage. Dieser kann nichtig sein oder angefochten werden, oder der Dritte kann das Recht zurückweisen (§ 333 BGB).

[2] Hellwig aaO; so auch Enn-Lehmann § 34 II, § 35 V 1, aber m E nicht immer deutlich.

abtretbarer Gesellschaftsrechte (vgl § 717 S 2 BGB)[3] als auch die Gesellschafterstellung im ganzen, insbesondere auch für die Abtretung des Geschäftsanteils bei der GmbH. Wir haben gesehen, daß durch einen Vertrag zugunsten Dritter der Geschäftsanteil nicht schon mittels der Vereinbarung übertragen, sondern nur eine Verpflichtung dazu begründet werden kann, sei es auf Seiten des Gesellschafters, sei es ausnahmsweise auf Seiten der Gesellschaft.

Daß der Vertrag zugunsten Dritter keine Verfügungswirkung hat, entspricht an sich herrschender Auffassung. Insbesondere hat auch das Reichsgericht eine dingliche Wirkung des Vertrages zugunsten Dritter abgelehnt[4]. Allerdings wird der Unterschied zwischen dinglicher Wirkung des Vertrages und dem eigenen Anspruch des Dritten beim Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall nicht immer richtig erkannt oder scharf genug betont, wenn behauptet wird, daß dasjenige, was der Dritte beim Tod des Versprechensempfängers vom Versprechenden erhält, dem Nachlaß des Versprechensempfängers nicht mehr angehört[5].

Daraus erklärt sich auch die Stellungnahme des Reichsgerichts in seiner Entscheidung vom 17. 9./8. 10. 1912 (II 133/12)[6] zur Frage des Ausschlusses der Vererblichkeit des Geschäftsanteils. In dem entschiedenen Fall stand in einer zweigliedrigen GmbH dem einen Gesellschafter kraft Gesellschaftsvertrages beim Tode des anderen Gesellschafters ein Anspruch auf Übernahme des diesem gehörenden Geschäftsanteils gegen Entgelt zu. Das Entgelt sollte aber nicht an den Erben, sondern an Dritte gezahlt werden. Das

[3] Niemand wird behaupten wollen, daß ein Dritter, an den der Gewinn oder das Auseinandersetzungsguthaben gezahlt werden soll, dadurch Gesellschafter wird. Auch in der Abtretung dieser Rechte liegt noch keine Übertragung der Mitgliedschaft (§ 717 BGB), s o § 5 III. Nur wer diese Rechte schon für das vermögensrechtliche Beteiligungsverhältnis oder für den Gesellschaftsanteil selbst hält, wird zu der irrigen Auffassung kommen, die Mitgliedschaft selbst sei durch Vertrag zugunsten Dritter unmittelbar übertragbar.

[4] RGZ 66, 97; 98, 279; 148, 243; Palandt-Danckelmann Vorbem 5 e zu § 328; Hueck DNotZ 557; Scholz CR 1948, 50; Saenger 34 f; Hachenburg § 15 Anm 3; Feine 378; für dingliche Wirkung des Vertrages in bestimmten Fällen Enn-Lehmann § 34 VI u weitergehend Westermann, Sachenrecht, 2. Aufl, Karlsruhe 1953, § 3 II 4 m weit Nachw sowie Larenz Schuldrecht I, 1953, § 16 IV; zu weitgehend Endemann 215 ff.

[5] Vgl z B RGZ 51, 403 [405]; 71, 324 [326] unter Berufung auf Endemann; RGZ 88, 138; 106, 1; s a 5. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akad f DR 168 ff, 179 m Nachw; OLG Hamburg 29. 7. 54 MDR 1955, 43; Soergel-Eder § 1922 Anm 5.

[6] RGZ 80, 175 = Recht 1912 Nr 3422 = LZ 1913, 71 = GmbH-Rspr II § 15 Zf 1 u 2 = JW 1913, 40. — Wie das Aktenzeichen der Entscheidung zeigt, handelt es sich trotz der Verschiedenheit der Zeitpunkte der Entschiedung um e i n e n Fall.

Reichsgericht sah darin — wie vor ihm auch das OLG Colmar[7] — einen Ausschluß der Vererbung des Geschäftsanteils zugunsten der Drittberechtigten. Jedoch zu Unrecht. Denn weder konnte der verstorbene Gesellschafter in seiner Eigenschaft als Versprechensempfänger[8] durch einen Vertrag nach § 331 BGB den Geschäftsanteil an die Nichterben direkt zugewendet haben, weil er ihn selbst innehatte, noch war es überhaupt notwendig, ihnen den Geschäftsanteil zuzuwenden. Zur Geltendmachung des Anspruchs auf das Entgelt bedurfte es einer Innehabung des Geschäftsanteils nicht. Es lag ein selbständig übertragbarer, vermögensrechtlicher Anspruch vor, über den der verstorbene Gesellschafter im Rahmen eines Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall bestimmen konnte, ohne die Gesellschafterstellung selbst mit zu übertragen. Die Frage nach dem Schicksal des Geschäftsanteils interessierte in dieser Entscheidung eigentlich gar nicht, sondern nur der konkrete Anspruch auf das Entgelt. Dadurch daß in dem zur Entscheidung stehenden Fall irreführenderweise im Gesellschaftsvertrag die Dritten ohne Rücksicht auf eine testamentarische Verfügung in die „Rechte und Pflichten aus dem Gesellschaftsverhältnis" eingesetzt waren, und der Inhalt des ihnen zur Ausübung überlassenen Anspruchs mit dem praktisch allein noch vorhandenen Wert des Geschäftsanteils übereinstimmte, ist das Reichsgericht insoweit in seiner im Endergebnis zu billigenden Entscheidung zu irrtümlichen und verwirrenden Formulierungen gelangt[9]. Man kann noch nicht einmal sicher sagen, ob das RG einen mit dem Tode des Gesellschafters eintretenden unmittelbaren Übergang des Geschäftsanteils auf die Nichterben hat annehmen wollen. An einer anderen Stelle der Entscheidung spricht es auch davon, daß der Geschäftsanteil nicht dem Erben, sondern den Dritten nach dem Tode des Gesellschafters „abzutreten" sei[10].

Eine andere Frage ist, ob man die §§ 328, 331 BGB nicht entsprechend anwenden kann, um einen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall mit dinglicher Wirkung zu erreichen[11]. Grundsätzlich ist diese Konstruktion abzulehnen, insbesondere im Hinblick auf die Übertragung eines Geschäfts-

[7] Recht 1912, 484.

[8] Das RG verwechselt aaO 177 die Bezeichnungen Versprechender u Versprechensempfänger, s a Hueck DNotZ 1952, 557 Anm 17; Cohn 27, Neukirch 28.

[9] Kritische Stellgnahmen insbes bei Scholz § 15 Anm 10 ff, CR 1948, 48, JR 1955, 331; Hueck DNotZ 1952, 557; Feine 378 Anm 26; Hachenburg § 15 Anm 3; Saenger 35; Cohn 20 ff; Milewski 56 ff. Vergl auch die ähnliche irrtümliche Annahme des KG, s o § 34 Anm 8. Auch die Ansicht von Vogel § 15 Anm 4 über Vererblichkeitsausschluß durch Vertrag zugunsten Dritter ist daher abzulehnen (s o Anm 3). — BGH 12. 11. 1952 NJW 1953, 183 (s o § 35 Anm 2) beruft sich jedoch bei der Frage der Hofesübertragung mit Wirkung auf den Todesfall ausdrücklich auf RGZ 80, 175; ebenso OLG Hamburg MDR 1955, 43 bei Personalgesellschaft.

[10] aaO 178.

[11] Enn-Lehmann u Westermann aaO (s o Anm 4).

anteiles bei der GmbH wie für die Übertragung einer Gesellschafterposition überhaupt[12]. Ohne auf das weitschichtige Problem der Verfügung zugunsten Dritter im Rahmen dieser Arbeit eingehen zu können, läßt sich jedoch soviel feststellen, daß es unserem Rechtssystem widerspricht, eine umfassende, eigentumsähnliche Rechtsstellung ohne unmittelbaren Übertragungsakt zwischen den Beteiligten außerhalb der Gesamtnachfolge und ohne Beachtung der erbrechtlichen Formvorschriften den Träger wechseln zu lassen. Das Erbrecht würde praktisch außer Kraft gesetzt werden können[13]. Rechtsunsicherheit wäre unvermeidlich. Da dem Dritten das Recht nach § 333 BGB, nämlich die Leistung abzulehnen, erhalten bleiben muß, würde er gleichsam wie der Erbe ein Ausschlagungsrecht bekommen, nur wäre dies gegenständlich beschränkt. Dabei entsteht die Frage, ob sich dieses Ausschlagungsrecht entsprechend den §§ 1942 ff BGB beurteilt. Ferner wäre zu fragen, ob § 1953 BGB entsprechend anwendbar ist, und innerhalb welcher Frist das Ausschlagungs- bzw Ablehnungsrecht ausgeübt werden kann. Wird an Stelle des Dritten der Erbe wiederum ohne Übertragungsakt berechtigt oder der Versprechende? Diese ganzen Fragen zeigen, daß die Rechtsübergänge unkontrollierbar, die Rechtszuständigkeit ungewiß und die Lösung der Probleme zu unüberwindlichen Schwierigkeiten führen würde. Die Ordnung des Gesellschaftsverhältnisses würde empfindlich gestört. An dem Erfordernis der Erkennbarkeit des Rechtsübergangs ist in jedem Falle festzuhalten[14]. Auch § 15 III würde umgangen werden. Wegen eines im Einzelfall bestehenden gesellschaftsrechtlichen Interesses, an Stelle des Erben einen Dritten Gesellschafter werden zu lassen, zu fragwürdigen Rechtskonstruktionen zu greifen, die die Rechtssystematik erschüttern, ist abwegig. Rechtsdogmatisch läßt sich auch gar nicht einsehen, weshalb das, was bei einem gewöhnlichen gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrag nicht möglich ist, nämlich den Gesellschaftsanteil mit dem Tode des Berechtigten direkt einem Nichterben zuzuwenden, beim Vertrag zugunsten Dritter durchführbar sein soll.

[12] Siebert 17; Zitelmann 192; Fabian 16, unklar 21; Neukirch 56 f; Milewski 59, letzterer jedoch teilw a A beim OHG-Anteil 41 ff, 70 ff, wo ein unmittelbarer Übergang durch Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall im Unterschied zur GmbH für möglich gehalten wird; dafür bei GmbH Siebern 25 ff.

[13] So vor allem Boehmer Grundlagen 90 ff; bei Staudinger Einl z Erbrecht §§ 25 ff; OLG Stuttg/Karlsruhe HEZ 3, 1 ff. — Endemann 218 erkennt nur noch die Schranke zwischen Erbrecht und Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall an, daß eine kraft Gesetzes sich vollziehende Gesamtnachfolge lediglich durch Verfügung von Todes wegen erreicht werden kann.

[14] RGZ 140, 223 [231] zu der Frage der mittelbaren Stellvtrg bei Übereignung und Abtretg der Anwartschaft auf das Eigentum durch Vorbehaltskäufer an einen Dritten. — Siebert 17 u NJW 1955, 811 f sieht das entsch Kriterium i d Unzulässigkeit eines Vertrages zulasten Dritter (vgl aber § 333 BGB!).

e) Ergebnis

I. Die angestellten Untersuchungen haben gezeigt, daß sowohl die im Zeitpunkt des Todes eines Gesellschafters eintretende Vernichtung des Gesellschaftsanteils als auch ein in diesem Zeitpunkt eintretender Vererbungsausschluß durch unmittelbaren Übergang des Geschäftsanteils auf einen Nichterben unmöglich bzw gesetzlich unzulässig ist. Damit scheint sich der im § 15 I ausgesprochene Grundsatz der Vererblichkeit für den Geschäftsanteil tatsächlich als unabdingbar zu erweisen und den Vertretern dieser Auffassung[1] Recht zu geben.

II. Wollte man aber bei dieser Feststellung stehen bleiben, dann wäre das Ergebnis in Anbetracht der geschilderten Interessenlage[2] sehr unbefriedigend. Man führe sich die Konsequenz vor Augen, wie ein Erbe gestellt ist, der den Geschäftsanteil mit der sofortigen Einziehungsbefugnis der Gesellschaft oder mit einer Abtretungspflicht belastet empfängt, oder der dulden muß, daß die Gesellschaft in Ausübung eines mandatum post mortem oder im eigenen Interesse über den Geschäftsanteil verfügt, und nur auf kurze Zeit eine formelle Gesellschafterstellung erhält! Offensichtlich soll ein solcher Erbe nach dem Willen der übrigen Gesellschafter gar nicht Mitglied werden. Es werden ihm nach dem Gesellschaftsvertrage vielfach nicht einmal die sozialrechtlichen Mitgliedschaftsrechte, insbesondere kein Stimmrecht zustehen[3]. Es kann ferner sogar seine Beteiligung am Gewinn ausgeschlossen sein[4]. Andererseits würde der Erbe aber auch bei noch so sehr eingeschränkten Befugnissen als „Gesellschafter" mit mannigfachen gesellschaftlichen Leistungspflichten belastet sein. Ihn als „vorübergehendes Mitglied" dafür unbeschränkbar haften zu lassen, muß auf jeden Fall unbillig erscheinen.

[1] s o § 32 Anm 1. — Der Geschäftsanteil wäre eigtl nur dann unvererblich, wenn er einer juristischen Person zusteht. Aus diesem Grunde soll man nach Gellis 175 früher eine Beteiligung einer jur Pers an einer GmbH für ausgeschlossen gehalten haben.

[2] s o § 31.

[3] Durch Gesellschaftsvertrag kann der Verlust des Stimmrechts im Falle der Veräußerung oder Vererbung eines Geschäftsanteils bestimmt werden (RG DR 1944, 775/777). Bedenken gegen die Zulässigkeit des Stimmrechtsausschlusses dürften in einem solchen Falle nicht bestehen, vgl Weipert § 119 Anm 7 bzügl OHG. Im übr ist die Frage des Stimmrechtsausschlusses durch Gesellschvertrg bei der GmbH streitig, nach h M allerdings zulässig, Scholz § 47 Anm 11; Baumbach-Hueck Anm 1 A; Hachenburg Anm 7; RGZ 167, 65 [73]; BGH 14. 7. 54 BB 1954, 668 = DNotZ 1954, 545 = BGHZ 14, 264; a A Knur 105 u ZBH 1932, 151; Baumbach § 47 Anm 1. Letzterer behauptet, daß ein Gesellschafter ohne Stimmrecht kein Gesellschafter mehr wäre, so auch Brodmann § 47 Anm 1 a, richtig einschränkend BGH aaO: ein Gfter ohne Stimmrecht verliert nicht alle Mitverwaltungsrechte.

[4] BGB aaO; abw Brodmann § 29 Anm 2.

Es erhebt sich damit die Frage, ob in den Fällen, wo die Gesellschaft mit dem Erben eines Gesellschafters offensichtlich nicht fortgesetzt werden soll, rechtlich und tatsächlich in Wahrheit nicht die Unvererblichkeit bzw der Ausschluß der Vererbung des Geschäftsanteils, sondern der Mitgliedschaft gemeint ist[5].

Dies wird man nicht nur zugunsten der Gesellschaft, die ja mit dem Erben als Gesellschafter nichts zu tun haben will, sondern auch zugunsten des Erben annehmen müssen. Inwieweit die Mitgliedschaft trotz offenbarer Unmöglichkeit, den Geschäftsanteil von der Vererbung auszuschließen, dennoch kraft Gesellschaftsvertrages von der Vererbung ausgeschlossen oder die Erbfolge in die Mitgliedschaft im Interesse der Gesellschaft in einem bestimmten Sinne gestaltet werden kann, soll Gegenstand nachfolgender Untersuchungen sein.

III. Die Unvererblichkeit und der Ausschluß der Vererbung der Mitgliedschaft

§ 40 1. Das Verhältnis von Geschäftsanteil und Mitgliedschaft

Bei den vorstehenden Ausführungen wurde geprüft, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkten der Geschäftsanteil der Vererbung möglicherweise entzogen werden kann. Wäre bereits nach den bisherigen Untersuchungen das Ergebnis positiv im Sinne eines möglichen Vererbungsausschlusses ausgefallen, dann wäre damit auch die Mitgliedschaft von der Unvererblichkeit bzw vom Ausschluß der Vererbung betroffen gewesen. Denn der Geschäftsanteil ist bei der GmbH der Ausdruck für die Mitgliedschaft, und ohne einen solchen ist eine Mitgliedschaft bei der GmbH undenkbar[1].

Die angestellten Untersuchungen haben gezeigt, daß — abgesehen von der rechtlichen Unmöglichkeit eines vertraglich zu erreichenden unmittelbaren Übergangs des Geschäftsanteils auf einen Nichterben — die Schaffung eines unvererblichen Geschäftsanteils oder der Ausschluß seiner Vererbung aus formellen Gründen scheiterte, die in der Garantiefunktion des Geschäftsanteils zur Sicherung des Stammkapitals im Interesse des Gläubigerschutzes zu suchen sind (§§ 30 ff, 34 III). Mit anderen Worten: Könnte diese Garantiefunktion erhalten bleiben, dann bestünde eigentlich kein Hindernis, materiell die Unvererblichkeit der Mitgliedschaft und ebenso den Ausschluß ihrer Vererbung im Einzelfall wie überhaupt eine statutarische Regelung der Erbfolge durch Gesellschaftsvertrag zu erreichen. Die Erhaltung des Geschäftsanteils über den Tod des Gesellschafters hinaus braucht nicht immer notwendig die Vererblichkeit des Geschäftsanteils als Mitgliedschaftsverhält-

[5] Richtig erkannt von Becker RdGmbH 1941, 245.

[1] so § 7 I.

nis zur Folge zu haben. Wie schon mehrfach hervorgehoben, hat der Geschäftsanteil auch die Bedeutung eines außermitgliedschaftlichen individualrechtlichen Vermögensrechts, dessen Vererbung im Rahmen des Gesamtnachlasses nicht die außerhalb des Nachlasses stehende Mitgliedschaft als personenrechtliches Verhältnis berührt[2]. Entscheidend ist daher allein, ob die Mitgliedschaft im konkreten Fall vererblich sein soll. Bei der Frage des Ausschlusses der Vererblichkeit des „Geschäftsanteils" ist somit dessen Bedeutung als Mitgliedschaftsverhältnis in den Vordergrund der Betrachtung zu stellen und als Ausgangspunkt für weitere Untersuchungen zu nehmen.

Das Mitgliedschaftsverhältnis ist bei der GmbH frei gestaltbar (§§ 3 II, 45 I)[3]. Im Gegensatz zur „Kapitalmitgliedschaft" der Aktie ist der Geschäftsanteil funktionell von den Stammkapitalverhältnissen unabhängig[4]. Diese Unabhängigkeit verlangt im Außenverhältnis nur, daß der Geschäftsanteil erhalten bleibt oder durch das förmliche Einziehungsverfahren nach § 34 verschwindet, nicht aber daß er als Mitgliedschaftsverhältnis auf den Erben übergeht. In dieser Beziehung ist der Gesellschaftsvertrag in seiner Bestimmung frei. Zu vergleichen ist die Situation mit der Regelung in den §§ 146 HGB; 77 GenG. Auch hier bleibt der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters erhalten, ohne daß der Erbe die Mitgliedschaft erhält[5]. Lediglich der Vermögenswert des Gesellschaftsanteils geht mit seinen aktiven und passiven Bestandteilen nebst einigen besonderen Rechten und Pflichten, die mit der vorübergehenden Ausübung der Mitgliedschaft durch den Erben in Vertretung des Erblassers zusammenhängen, auf den Erben über. Dafür genügt es, daß der Erbe für die auf den Geschäftsanteil zu erbringenden Einlageleistungen sowie für Sonderleistungen und Nachschüsse auch nur als Erbe, also beschränkbar, und nicht wie ein Gesellschafter, d h unbeschränkbar haftet. Der Geschäftsanteil hat somit für den Erben nur die Bedeutung eines Nachlaßgegenstandes.

Die das Mitgliedschaftsverhältnis gestaltende Kraft des Gesellschaftsvertrages, die ihren Grund in der Verbandsautonomie hat, muß daher bei der GmbH, die im besonderen Maße von diesem Grundsatz beherrscht wird[6],

[2] s o § 5 III, § 7 III, § 8 III 5.

[3] s o § 4 Anm 20, § 7 II.

[4] s o § 7 Anm 10.

[5] s o § 8 Anm 9. — Die Parallele zu § 77 GenG liegt bes nahe, da nach Neukamp 9 ff das GenG als Vorbild für das GmbHG gedient habe.

[6] BGHZ 14, 264 [269] = BB 1954, 668 = DNotZ 1954, 545. Capelle BB 1954, 1078 hält den Ausschluß der Vererblichkeit von Mitgliedschaft u Geschäftsanteil im Rahmen der „Vertragsfreiheit" für möglich (s o § 4 Anm 14).

zur Einführung der Unvererblichkeit der Mitgliedschaft führen können[7], zumal auch ein wirtschaftliches Bedürfnis besteht, einer dem § 38 BGB entsprechenden Regelung Geltung zu verschaffen[8]. Ferner erscheint es möglich, die Erbfolge in die Mitgliedschaft weitgehend im gesellschaftsrechtlichen Sinne zu gestalten. Im einzelnen soll dies nunmehr erläutert werden.

2. Die Unvererblichkeit

§ 41 a) Auflösung der GmbH bei Tod eines Gesellschafters

I. Im allgemeinen hat der Tod eines Gesellschafters bei der GmbH die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge. Nach § 60 II kann der Gesellschaftsvertrag aber den Tod eines Gesellschafters zum Auflösungsgrund erklären[1]. Stirbt der Gesellschafter, dessen Tod den Auflösungsgrund bildet, dann tritt in diesem Zeitpunkt die Auflösung der Gesellschaft von selbst ein. Es findet eine Liquidation nach §§ 65 ff statt. Die Erben setzen ähnlich wie die Erben eines offenen Handelsgesellschafters dessen vermögensrechtliche Stellung bis zur Beendigung der Liquidation fort, ohne die persönliche Mitgliedschaft zu erwerben[2], d h die Erben sind nur am Vermögenswert (Kapitalwert) des Geschäftsanteils beteiligt, der sich nach Abschluß der Liquidation in einen Anspruch auf Auszahlung des Liquidationserlöses umwandelt[3]. Allerdings sind die Erben eines Gesellschafters bei einer GmbH nicht wie die des offenen Handelsgesellschafters „geborene" Liquidatoren. Nach § 66 erfolgt die Liquidation durch die Geschäftsführer. Dieses Amt geht nicht ohne weiteres auf den Erben über[4]. Jedoch kann im Gesellschaftsvertrage einem oder mehreren Gesellschafter-Erben das Sonderrecht eingeräumt sein, Liquidator zu werden. Mehrere Erben können gemäß § 18 einen gemeinsamen Vertreter als Abwickler bestellen.

Im übrigen ist für die Rechts- und Pflichtenstellung des oder der Erben Gesetz oder Gesellschaftsvertrag maßgebend. Bezüglich der Haftung für

[7] Ebenfalls hat die gestaltende Kraft der Satzung beim eV od des Gesellschaftsvertrages bei der OHG i Bez auf die Einführung der Vererbung ihren tieferen Grund in der Verbandsautonomie, Liebisch 131 ff, 150; i übr s o § 4 Anm 13, ferner OvGierke DPR I 153 ff; Feine 279; Haff 178. Die Vererblichkt der Mitgliedschaft bei der GmbH ist auch kein unverzichtbares mitgliedschaftl Individualrecht wie die Vererblichkeit der Inhaberaktie, s o § 5 Anm 49, so daß der GmbH-Gesellschafter wirksam auf die Vererblichkeit der Mitgliedschaft gemäß § 35 BGB verzichten kann.

[8] s o § 31.

[1] Allg M, Scholz § 60 Anm 17, 21; vgl §§ 727 I BGB; 131 Zf 4 HGB für bG und OHG.

[2] s o § 8 Anm 9; a A für die GmbH, Becker RdGmbH 1937, 252, RdW 1941, 246 Anm 10: die Erben werden Liquidationsgesellschafter; ähnlich wie hier Knur 91.

[3] Siebert 9.

[4] s o § 25.

gesellschaftliche Leistungen, insbesondere die Geldeinlage und die Nachschußpflicht, tritt aber nun die wichtige Besonderheit ein, daß der Erbe nur noch als solcher, d h beschränkbar, und nicht als Mitglied einer werbenden Gesellschaft derselben unbeschränkbar haftet. Es ist dies eine Folge der nicht mehr persönlich wirkenden Mitgliedschaft. Auch für Neben- bzw Sonderleistungspflichten haftet der Erbe nicht mehr persönlich.

II. Eine besondere Frage ist noch, ob die aufgelöste Gesellschaft durch Beschluß der Gesellschafter fortgesetzt werden kann. Diese Frage ist zu bejahen, solange Mittel des Stammkapitals noch nicht zur Verteilung gekommen sind[5]. Das Registergericht wird eine entsprechende Versicherung der die Fortsetzung der Gesellschaft Anmeldenden, d h der Geschäftsführer (§ 78), verlangen müssen. Ist die Versicherung unrichtig, dann haften sie der Gesellschaft entsprechend § 9 I[6]. An der Beschlußfassung über die Fortsetzung muß der Erbe teilnehmen. Miterben können ihre Stimme entsprechend § 18 I nur in einem einheitlichen Sinne abgeben[7]. Mit der Eintragung des Fortsetzungsbeschlusses ins Handelsregister wird die Gesellschaft nunmehr wieder als werbende Gesellschaft fortgesetzt (§ 11). Der oder die Erben sind von diesem Zeitpunkt ab persönlich vollberechtigte und -verpflichtete Gesellschafter.

b) Fortsetzung der Gesellschaft unter Ausschluß der Erben § 42

I. Ist im Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß die Gesellschaft bei Tod eines Gesellschafters ohne Erben fortgesetzt wird (vergl entspr § 138 HGB), oder die Mitgliedschaft bzw der Geschäftsanteil „unvererblich" sein soll, dann hat dies, wenn über den Verbleib des letzteren nichts weiteres bestimmt oder durch anderweitige Auslegung des Gesellschaftsvertrages zu

[5] KG JW 1925, 640; Hachenburg § 60 Anm 3 sowie JW 1925, 802 u ihm folgend RGZ 118, 337 [340] = JW 1928, 633 m zust Anm v Bing; Feine 648; s a Gellis, Rückwandlung aufgelöster GmbH, österr NotZ 1933, 229, 250; Scholz CR 1949, 23 u JZ 1952, 199.

[6] Eine Strafbarkeit nach § 82 I Zf 1 ist hier auch bei Abgabe wissentl falscher Erklärungen nicht gegeben, BGH 20. 1. 55 NJW 1955, 678 = BGHSt 7, 157.

[7] s o § 28. — Ob bei der Beschlußfassung über die Fortsetzung Einstimmigkeit aller ehemaliger Gesellschafter notwendig ist od qualifizierte od einfache Mehrheit, ist streitig, vgl Baumbach § 60 Anm 7 C. Bei Fortsetzung mit den Erben ist jedenfalls wie bei der OHG die Zustimmung aller Erben erforderlich (Stimmenthaltung genügt nicht), RGZ 106, 63. Die Erben sind infolge Auflösung der Gesellschaft nicht Mitglieder geworden (s o § 8 Anm 9). Ihnen kann die Mitgliedschaft nicht einfach durch Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter aufgezwungen werden. Das gilt auch bei einer GmbH. Den Beschluß fassen die Erben jedoch noch nicht als „Gesellschafter" (dafür Liebisch 177 ff), aber wie Gfter (OGHZ 3, 203 [209]). Erst mit Wirksamwerden des Beschlusses werden sie Gfter, so daß ihre Zustimmung zur Fortsetzung als Eintrittserklärung aufzufassen ist.

ermitteln ist, dessen Einbeziehung zur Folge[1]. Andererseits führt eine Satzungsbestimmung, wonach der Geschäftsanteil eines Gesellschafters bei dessen Tode eingezogen wird, zur Unvererblichkeit der Mitgliedschaft. Bis das Einziehungsverfahren durchgeführt ist, bleibt der Geschäftsanteil zwar noch formell erhalten. Der Übergang des Geschäftsanteils auf den Erben kann, wie wir gesehen haben, nicht verhindert werden. Die Rechtsstellung des Erben ist aber nicht die eines Gesellschafters[2]. Während der Übergangszeit bis zur Durchführung der Einziehung richtet sich seine Rechtsstellung nach dem Gesellschaftsvertrag oder den Umständen. Entweder ruhen die mitgliedschaftlichen Rechte oder der Erbe übt sie für den Erblasser entsprechend § 77 GenG noch vorübergehend aus. Für die gesellschaftlichen Leistungen haftet der Erbe aber auch hier wie im Falle der Auflösung der Gesellschaft nur nach erbrechtlichen Grundsätzen, also beschränkbar.

II. Dem ausgeschlossenen Erben steht als Entgelt für die Einziehung des Geschäftsanteils grundsätzlich ein Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft zu (vergl entspr § 738 BGB)[3]. Die Höhe der Vergütung richtet sich nach

[1] Diese Auslegung wird dann immer zulässig sein; a A die h M Scholz § 15 Anm 12; Vogel Anm 4; Baumbach Anm 1 A; Hueck DNotZ 1952, 558, die Nichtigkeit der Satzungsbestimmung annehmen, wenn sich aus ihr kein klarer Wille ergebe. Es erscheint mir aber nicht gerechtfertigt, einen wirtschaftlich und rechtlich zu billigenden Erfolg deshalb nicht eintreten zu lassen. Ist im Gesellschaftsvertrag nur bestimmt, der Geschäftsanteil bzw die Mitgliedschaft solle „unvererblich" sein, dann ist anzunehmen, daß der Geschäftsanteil auf die einzig gesetzlich zulässige Weise verschwinden soll, d i durch Einziehung nach § 34.

[2] So auch Hueck Betrieb 1953, 778 für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters aus der GmbH analog § 140 HGB: mit Rechtskraft des Ausschlußurteils verliert der Gfter die Mitgliedschaft. Der Geschäftsanteil bleibt ihm bis zur Einziehung nur als Vermögenswert ohne mitgliedschaftl Befugnisse erhalten. Ähnlich ist es auch beim Kaduzierungsverfahren nach § 21.

[3] Die Problematik der Abfindung ist bei Personalgesellschaften und bei der GmbH die gleiche, da sich dieselben unternehmerischen Gesichtspunkte bei der Bewertung der Beteiligung, Aufdeckung und Veranschlagung stiller Reserven usw ergeben, vgl BGH 21. 4. 55 NJW 1955, 1025 (OHG); LG Arnsberg 30. 11. 54 MDR 1955, 297; Liebisch 151; Hueck OHG 266; Siebert 9 ff; Knur 79 ff, 66 ff, 44 ff; Schubert, Berechnung und Verteilung des Geschäftswerts beim Ausscheiden eines Gesellschafters, JW 1928, 595; RGZ 106, 132; 170, 98; bilanztechnisch u betriebswirtschaftlich s insbes Knur 70 ff; Bannenberg 126 ff, 41 ff. — Über unterschiedl Methoden bei der Bewertung der Anteile einer Personalges u einer Kapitalges Zartmann, Die Familienkapitalges im Steuerrecht, BB 1954, 569 ff: Bei einer Personalges werde nur deren Betriebsvermögen ohne deren good will bewertet; anders bei der Kapitalsges, wo der Wert des Anteils sowohl von der Substanz als auch von dem Ertrag der Ges abhängig sei (Berliner Verfahren, s u Anm 6). Dies gilt aber wohl nur für die Besteuerung. Für die Höhe der Abfindung spielen auch bei einer Personalges good will u stille Reserven des Unternehmers eine bedeutende Rolle s a RG DR 1941, 2674 mit Anm v Haupt.

dem Vermögenswert des Geschäftsanteils, wie er sich bei einem Verkauf desselben oder bei einer Abwicklung der Gesellschaft ergeben würde.

1. In den meisten Fällen wird eine Regelung der Abfindungsfrage im Gesellschaftsvertrage enthalten sein. Es kann bestimmt werden, daß der Erbe nur den Nennbetrag der seinerzeit vom Erblasser oder seinem Rechtsvorgänger geleisteten Stammeinlage, evtl zuzüglich eines Agios, erhält, oder daß eine bestimmte Bilanz (Steuer- oder Handelsbilanz) eines Durchschnittsjahres oder des letzten Jahres zugrunde gelegt oder eine besondere Auseinandersetzungsbilanz aufgestellt wird, oder daß der Erbe noch eine zeitlang am Gewinn beteiligt bleiben soll[4]. Es ist auch eine Weiterbeteiligung als stiller Gesellschafter (§ 335 HGB) denkbar.

2. Ist im Gesellschaftsvertrage über die Regelung der Vergütungsfrage nichts bestimmt, dann wird der Verkaufswert (= der gemeine Wert, § 10 II BewG) des Geschäftsanteils am Todestage des Gesellschafters zugrunde zu legen sein[5]. Da der Geschäftsanteil regelmäßig nicht an der Börse gehandelt wird und daher auch keinen Kurswert hat wie die Aktie, wird sich der Verkaufswert u U schwer bestimmen lassen. Läßt er sich aus Verkäufen nicht ableiten, dann ist nach § 13 II BewG der gemeine Wert unter Berücksichtigung des Gesamtvermögens und des Ertrages der Gesellschaft zu schätzen. Den zum Teil schwierigen steuerrechtlichen Problemen, die in diesem Zusammenhang auftauchen, kann hier nicht näher nachgegangen werden. Im allgemeinen wird sich die Wertermittlung nach dem bewährten sog „Berliner Verfahren" richten[6]. Der gemeine Wert ergibt sich danach annähernd aus dem Mittel von Vermögens- (= Substanzwert) und dem Ertragswert.

[4] Letzteres empfiehlt sich bes dann, wenn die Gesellschaft vor plötzlichem Kapitalentzug durch die Zahlung der Abfindung geschützt werden soll. Über Gewinnbeteiligung nach Ausscheiden aus der GmbH s a BGH BB 1953, 215. — Einer Gesellschaft, die sich vor dem Eindringen lästiger Gesellschafter durch Erbfolge schützen will, ist dringend zu raten, Lebensversicherungsverträge auf ihre Gesellschafter zugunsten seiner Erben od Kapitalsammlungsverträge abzuschließen od auch von Anfang an entsprechende Rückstellungen zu diesem Zweck vorzunehmen, vgl Littmann, Rückstellungen f d künftige Ausscheiden eines lästigen Gesellschafters, Betrieb 1952, 173 sowie RdGmbH 1951, 165; Bauer, Versicherung der GmbH auf den Todesfall eines Gesellschafters, ZAK 1936, 29.

[5] Nicht der Tag der Einziehung, da die Wirkung des tatsächlichen Ausscheidens aus dem Mitgliedschaftsverhältnis schon am Todestage des Erblassers eintreten soll.

[6] Zartmann aaO; LG Arnsberg (s o Anm 3) i Bez auf d Berechng des Pflichtteils; Knur 70 ff; Scholz § 14 Anm 6; i e Model 458, 459 ff, insbes zum folg. Gegen Berliner Verfahren Zitzlaff Betrieb 1953, 300. — Über Bewertung unnotierter Anteile aus dem zahlr Schrifttum: Ellinger DStZ 1948, 87 u Betrieb 1953, 622; Metzger BB 1953, 704; Severin CR 1947, 39; CR 1948, 5, 11; Sidlo CR 1948, 54; Mölders RdGmbH 1949, 64; Berg, Bewertung unnotierter Anteile, Köln 1953 u RdGmbH 1954, 116; Metzger BB 1955, 92; DtZtg u WiZtg 12. 2. 55 Nr 12 S 15; s a Erl FinBeh Hamburg 26. 1. 54 DStZ 1954, 290 u VerwAO d BFin Min 14. 2. 55 BAnz Nr 32.

Besonderheiten bei Familiengesellschaften oder bei Sonderleistungsgesellschaften können danach allerdings kaum berücksichtigt werden. Die schwerere Verkäuflichkeit eines mit Sonderverpflichtungen belasteten Geschäftsanteils kann u U noch durch Abschläge vom Mittelwert berücksichtigt werden. Das Berliner Verfahren wird nur dort nicht anzuwenden sein und einer individuellen Schätzungsmethode zu weichen haben, wo der Betrieb einer GmbH im Innenverhältnis dem Normaltyp einer OHG angepaßt ist, wo z B die Gesellschafter persönlich mitarbeiten und das Unternehmen leiten, insbesondere wenn dieses als Familiengesellschaft betrieben wird[7].

3. Die Einziehung des Geschäftsanteils wird, wenn im Gesellschaftsvertrage nichts anderes bestimmt, grundsätzlich erst nach Erstattung der Abfindung an den Erben zulässig sein[8], es sei denn, dieser erklärt sich mit einer vorherigen Einziehung einverstanden. Bei der Einziehung und der Abfindung sind natürlich die Vorschriften des GmbHG über die Erhaltung des Stammkapitals (§ 30) zu beachten[9].

III. Fraglich kann sein, ob die unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils kraft Gesellschaftsvertrages für den Fall des Todes eines Gesellschafters oder eine unter dem gemeinen Wert der Abfindung bleibende Einziehung zulässig ist[10]. Steuerrechtlich ist darin auf jeden Fall eine Schenkung auf den Todesfall zugunsten der Gesellschaft nach § 2 I Zf 3 ErbStG zu sehen[11]; bürgerrechtlich ist das nur anzunehmen, wenn man sich nicht mit der h M auf den Standpunkt stellt, daß der Vollzug der Schenkung schon in der Bestimmung des Gesellschaftsvertrages zu erblicken sei[12]. Gegenüber einem

[7] Bühler 139; Model 461 f u insbes OFH 26. 11. 1949 MinBl Fin 1950, 82 = StuW 1950 Nr 56; RFH 6. 2. 1941 RStBl 1941, 444 u 27. 11. 1941 RStBl 1942, 93. — Bei Familiengesellschaften interessiert Verkaufsmöglichkeit wenig oder gar nicht. Maßgebend ist hier der Anteil am Gewinn, Model 463; s a Severin CR 1947, 43.

[8] Hachenburg-Schilling § 15 Anm 3; vgl a BGHZ 9, 157 [174 ff] f d Fall des Gfterausschl, dazu auch BGH 17. 2. 55 BB 1955, 270, wonach sogar eine Mitwirkgspflicht des ausscheidenden Gfters bei der Wertermittlung seines Geschäftsanteils bestehen soll (auf die Erben, die ja nie Gfter waren, ist das nicht anwendbar). Auch bei der OHG scheint BGH 21. 4. 55 NJW 1955, 1026 das unfreiwillige Ausscheiden eines Gfters v d vorherigen Festsetzg des Abfindgsguthabens abhängig machen zu wollen.

[9] Knur 96; RGZ 93, 326; s o § 34.

[10] Darüber Knur 112 ff, insbes Anm 33; Dilthey 43 ff. Zu der parallelen Frage, ob der Gesellschaftsvertrag einer OHG den Erben eines offenen Handelsgesellschafters von einer Abfindung ausschließen kann, RGZ 145, 289 = JW 1935, 417; Hueck OHG 266 f; Siebert NWB 51.

[11] RFH 17. 11. 1938 RStBl 1938, 495 bzgl OHG; a A Knur aaO: unentgeltliche Einziehung beruhe auf sozialrechtlicher Bestimmung. Dies kann aber dem Charakter einer Schenkung nach Steuerrecht nicht abträglich sein, s a Model 108, 156.

[12] Siebert 11, Nachw Anm 10; RGZ 145, 294. Es braucht daher im Gesvertrag auch keine letztwillige Verfgg gesehen zu werden, die den Beteiligswert der Ges erst im Zeitpunkt des Todes zuwendet.

pflichtteilsberechtigten Erben wird dies aber nur insoweit Gültigkeit haben dürfen, als dessen Pflichtteilsanspruch dadurch nicht beeinträchtigt wird[13].

Dies ist der Fall, wenn der Geschäftsanteil einen wesentlichen Nachlaßgegenstand ausmacht und der Wert des übrigen Nachlasses zur Deckung des Pflichtteils nicht ausreicht. Eine weitere Frage ist aber die, gegen wen der Erbe seinen Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB geltend machen kann, d h wer der Bereicherte ist: die Gesellschaft oder die Gesellschafter[14]. Man könnte meinen, daß diese Frage davon abhängig sei, ob eine Einziehung unter Herabsetzung des Stammkapitals oder ohne eine solche stattfindet. Im letzteren Falle würde nach h M die dem eingezogenen Geschäftsanteil zugrundeliegende Stammeinlage den übrigen Gesellschaftern nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile (Stammeinlagen) anwachsen[15], was als Vermögensvermehrung angesehen werden könnte. Die Anwachsung der Stammeinlage bedeutet aber noch keinen direkten Vermögenszuwachs. Es verstärkt sich nur mittelbar die Beteiligung der übrigen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen, wie ja überhaupt die vermögensrechtliche Beteiligung an der GmbH als selbständiger Rechtspersönlichkeit mit eigenem Vermögen nur eine mittelbare sein kann. Die Lage ist nicht anders bei einer unentgeltlichen Einziehung unter gleichzeitiger Kapitalherabsetzung, die zwar nicht notwendig wäre, aber vorgenommen werden könnte. Eine Anwachsung der Stammeinlage des eingezogenen Geschäftsanteils an die Einlage der übrigen Gesellschafter findet hier zwar nicht statt, da das Stammkapital verringert wird. Trotzdem würde sich aber durch die Verbesserung der gesellschaftlichen Vermögensverhältnisse infolge Einsparung der Abfindungssumme gleichzeitig mittelbar auch die vermögensrechtliche Beteiligung der Gesellschafter verbessern. Ihre Geschäftsanteile bekämen damit einen höheren Wert, was sich steuerlich auswirken mag. Aber eine direkte Bereicherung der Gesellschafter im zivilrechtlichen Sinne läge nicht vor. Der Anspruch des

[13] Dilthey 47 ff Siebert 11; vgl auch Knur 112, 66. RGZ 171, 345 = DNotZ 1944, 58 = DR 1943, 1224 läßt die Frage des möglichen Ausschlusses der Abfindung durch Gesellschaftsvertrag dahingestellt. Gegen die Möglichkeit, die Abfindung im Gesellschaftsvertrag auszuschließen Dür-Hachenburg-Geiler Allg Einl Anm 198. Der individualrechtliche Vermögenswert der Mitgliedschaft (s o § 5 III 1) unterliegt jedenfalls nicht im vollen Umfang der sozialrechtlichen Bestimmung.

[14] Für Bereicherung der Gesellschaft Dilthey aaO; dagegen Knur aaO: Die Gesellschafter werden bereichert. Wie Knur auch Mangold DJ 1943, 179 bezügl der Frage einer Neubildung von Geschäftsanteilen aus eingezogenen. Allerdings vertritt Knur 84 ff bei der Frage der steuerlichen Behandlung der unentgeltlichen Einziehung den Standpunkt, daß nur eine mittelbare Bereicherung der Gesellschafter vorliege, unmittelbar bereichert sei das Gesellschaftsvermögen. Dilthey wiederum vertritt auf S 9, 18 den Standpunkt, die Gesellschafter seien bereichert.

[15] Baumbach § 34 Anm 3 B; Mangold aaO u insbes DJ 1944, 20.

Pflichtteilsberechtigten nach § 2325 BGB muß sich daher gegen die Gesellschaft richten[16].

Eine unentgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils bzw eine unter seinem Wert liegende Abfindung der Erben wird man selbst dann nicht zulassen dürfen, wenn die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft durch die Auszahlung der Abfindung gefährdet würde. Das in der Gesellschaft steckende Vermögen des Erblassers wird man dem Erben, soweit sein Pflichtteilsanspruch reicht, nicht entziehen dürfen. Der Erbe muß sich aber mit einer Abfindung in Rentenform oder als Gewinnbeteiligung auf längere Sicht zufrieden geben[17]. Befindet sich das Unternehmen wirtschaftlich in schwieriger Lage, dann ist auch die Vermögensbeteiligung des Erblassers entsprechend gemindert.

§ 43 3. Der Ausschluß der Vererbung

a) Übergang der Mitgliedschaft auf einen Miterben

Vorstehende Ausführungen haben ergeben, daß der Ausschluß der Vererblichkeit der Mitgliedschaft im Gesellschaftsvertrag wirksam bestimmt werden kann, wenn die Gesellschaft im Falle des Todes eines Gesellschafters aufgelöst oder ohne Erben fortgesetzt werden soll. Nunmehr soll untersucht werden, ob sich der Ausschluß der Vererbung im Einzelfall dadurch erreichen läßt, daß die Mitgliedschaft erhalten bleibt und auf einen von mehreren Miterben übergeht, so daß die übrigen Miterben von der Erbfolge in die Mitgliedschaft insoweit ausgeschlossen sind.

I. Daß bei der OHG der Gesellschaftsvertrag bestimmen kann, die Mitgliedschaft solle nur auf einen von mehreren Miterben übergehen und die anderen von einer Gesamtnachfolge insoweit ausgeschlossen sein, entspricht heute herrschender Auffassung[1]. Darin liegt aber kein Vertrag zugunsten Dritter, weil durch diesen ein unmittelbarer Rechtsübergang nicht erreicht werden kann[2], vielmehr ist darin ein besonderer durch das Gesellschaftsrecht zugelassener erbrechtlicher Erwerbstatbestand zu sehen. Unterliegt

[16] Zutr Dilthey 47 ff.

[17] So auch Siebert NWB 52 bezügl OHG; s a Knur 75; RG HRR 1939 Nr 937.

[1] Weipert § 139 Anm 12; Hueck OHG 265 f; Siebert 19, 22 u NWB 50; Liebisch 149 ff; Neukirch 58 ff; aA Knur 60; Staudinger-Geiler § 727 III sow Geiler bei Düringer-Hachenburg, Allg Einl Anm 196, 197; ferner Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 139 Anm 8. Die letzteren verneinen in einem solchen Fall den Übergang der Mitgliedschaft im Wege der Universalsukzession und nehmen die Begründung eines Eintrittsrechts des berteffenden Erben im Wege Einzelnachfolge durch Vertrag zugunsten Dritter an (s u Fall d), so auch Michaelis RdW 1944, 198; Wolf 1550.

[2] s o §§ 37, 38. Wie hier auch Liebisch aaO.

die Erbfolge in die Mitgliedschaft der Verbandsautonomie[3], d h kann diese bestimmen, ob die Mitgliedschaft überhaupt vererblich sein soll, dann kann sie die Gesamtnachfolge auch auf einen von mehreren Erben einschränken[4].

Es läßt sich allerdings nicht leugnen, daß damit kraft Verbandsautonomie ein Zustand erreicht wird, der der Sondererbfolge im Höferecht weitgehend entspricht[5]. Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gesamtnachfolge liegt aber nur scheinbar vor. Man muß in solchen Fällen davon ausgehen, daß die Erbfolge in die Mitgliedschaft als personenrechtliches Rechtsverhältnis nicht der Erbfolge nach § 1922 I BGB unterliegt und daß bei Vererblichkeit der Mitgliedschaft eine Erweiterung der Erbfolge über den Nachlaßbereich hinaus stattfindet[6]. Somit muß auch die Einschränkung der Erbfolge durch Gesellschaftsvertrag möglich erscheinen.

II. Auch bei der GmbH kann eine entsprechende Gestaltung der erbrechtlichen Verhältnisse in Bezug auf die Mitgliedschaft häufig erwünscht sein. Der Verbandsautonomie sind jedoch insofern Grenzen gesetzt, als hier im Gegensatz zur OHG der Geschäftsanteil nicht beim Tode des Gesellschafters ohne weiteren Rechtsakt durch Anwachsung an die Anteile der übrigen Gesellschafter verschwinden kann, sondern im Interesse der Erhaltung des Stammkapitals als Garantiefonds für die Gesellschaftsgläubiger zunächst erhalten bleibt. Wegen dieser „starren" Eigenschaft des Geschäftsanteils ist daher im Falle der Vererbung der Mitgliedschaft an mehrere Erben weder eine automatische Teilung in mehrere selbständige Teil-Geschäftsanteile möglich[7], noch läßt sich der Übergang des Geschäftsanteils auf mehrere Erben verhindern. Um den praktischen Erfolg, nur einen von mehreren Miterben Gesellschafter der GmbH werden zu lassen, herbeizuführen, bieten sich zwei Lösungen an:

1. Der Geschäftsanteil des verstorbenen Gesellschafters wird auf Grund einer entsprechenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrages eingezogen, und aus dem eingezogenen wird ein neuer Geschäftsanteil gebildet, den der betreffende Erbe erhält, der Gesellschafter werden soll[8].

2. In den Gesellschaftsvertrag wird die Bestimmung aufgenommen, daß die Miterben den Geschäftsanteil an den betreffenden Miterben im ganzen zu übertragen haben, der alleiniger Gesellschafter als Nachfolger des verstorbenen Mitglieds werden soll[9].

---

[3] s o § 4 Anm 13; § 40.

[4] Mit dieser Begründung auch Liebisch 150 f, 131 f; Siebert 19; in NJW 1955, 811 begründet Siebert dies mit der Sondererbfolge (s o § 8 III 4 a E).

[5] s o § 6 II; Siebert 24.

[6] s o § 8 III 3.

[7] s o § 11.

[8] Hachenburg-Schilling § 15 Anm 3.

[9] Scholz § 15 Anm 12.

Bei der erstgenannten Lösung findet keine Vererbung statt, da durch die Einziehung des Geschäftsanteils und die Neubildung eines solchen die Kontinuität unterbrochen wird. Der Erbe, der schließlich den neuen Geschäftsanteil erhält und Gesellschafter wird, hat diesen Anteil nicht im Wege der Erbfolge erworben. Darüberhinaus scheint die Lösung auch deshalb unpraktisch zu sein, weil sie bei der Gesellschaft wegen der Einziehung und Neubildung der Anteile verschiedene nicht ganz einfache Rechtsakte erfordert. Zweifelhaft ist überhaupt, ob ohne Erhöhung des Stammkapitals ein neuer Geschäftsanteil gebildet werden kann[10].

Die zweite Lösung bietet dagegen eine geeignete Möglichkeit, den Interessen der Gesellschaft Rechnung zu tragen. Wenn der Geschäftsanteil zunächst auf alle Miterben gemeinsam übergeht, so ist die Gesellschaft doch nicht gehindert, von Anfang an nur denjenigen der Miterben als Mitglied zu betrachten und zu behandeln, der die Mitgliedschaft erhalten soll[11]. Nur er ist zu den Gesellschafterrechten zugelassen, ihm gegenüber werden allein die Rechtshandlungen der Gesellschaft vorgenommen (§ 18 III), an ihn werden die Gewinne ausgezahlt[12] usw. Er ist aber andererseits auch allein zu gesellschaftlichen Leistungen verpflichtet, ohne seine Haftung auf den Nachlaß beschränken zu können[13]. Im Verhältnis der Miterben untereinander ist der Geschäftsanteil als Vermögenswert gemeinschaftlicher Nachlaßgegenstand geworden, über den sich die Miterben auseinanderzusetzen haben. Da der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß die übrigen Miterben ihren „Anteil" am Geschäftsanteil an den allein berechtigten Miterben abzutreten haben, sind diese dazu gegen eine entsprechende Abfindung verpflichtet[14].

[10] Dafür KG DR 1943, 1230 = DJ 1943, 435; vGodin DJ 1943, 131; Hachenburg-Schilling § 15 Anm 3 a E; dagegen Mangold DJ 1943, 179; DJ 1944, 20; Scholz § 34 Anm 16 m weit Nachw; s u § 44 Anm 10.

[11] Vgl entspr § 16 I.

[12] Vgl für OHG RGZ 171, 345 = DNotZ 1944, 58 = DR 1943, 1224: der Gewinnanspr folge allein aus der Mitgliedsch; so auch BGH 14. 7. 53 BB 1953, 717 bezügl bergrechtl Gewerksch.

[13] s o §§ 14 ff. — Für die auf den Geschäftsanteil z Zt des Erbfalls rückständigen Leistungen (§ 16 III) sowie für die Einlage und Nachschüsse (§§ 22, 28) haften die übr Miterben wie für Nachlaßverbindlichkeiten, also beschränkbar; im Falle der §§ 22, 28 allerdings nur subsidiär. Wollte man sie nicht haften lassen, dann wäre die Ges in ihren gesetzl Zugriffsmöglichkten auf das Vermögen des Vormanns (hier des Erblassers) unzulässig beschränkt.

[14] Die Lage ist hier so ähnl wie beim Ausschluß eines Gesellschafters, s o § 42. Auch der Miterbe eines off Handelsgesellschafters, der nach dem Gesellschaftsvertrage die Mitgliedschaft allein unter Ausschl der übr Miterben fortsetzt, ist zur Abfindg derselben verpflichtet (in RGZ 171, 350 f ist diese Frage offengelassen). Nach Liebisch 151 richtet sich der Ausgleichsanspr aber nicht nur gegen den betr Miterben, sondern auch gegen die Ges nach § 738 BGB. Dies erscheint nicht folgerichtig, da der Gesanteil doch erhalten bleibt. Nur dessen Wert, nicht aber ein Abschichtungs-

Die Höhe der Abfindung richtet sich nach den auf sie entsprechend ihrer Erbteile entfallenden Teil des Wertes des Geschäftsanteils[15]. Allerdings steht es den Erben auch frei, mit dem berechtigten Miterben ein Unterbeteiligungsverhältnis zu vereinbaren[16]. Gestattet der Gesellschaftsvertrag dem berechtigten Miterben die unentgeltliche Übernahme des Geschäftsanteils oder eine unterwertmäßige Abfindung, dann ist darin zugleich eine Schenkung des Erblassers auf den Todesfall an ihn zu erblicken[17]. Der Pflichtteilergänzungsanspruch der benachteiligten Erben würde sich daher gegen den Begünstigten richten. Ist der betreffende Erbe selbst pflichtteilsberechtigt, dann ist § 2328 BGB anwendbar.

b) Bestimmung eines Dritten als Nachfolger § 44

Wenn der Gesellschaftsvertrag auf Grund des § 3 II bestimmt, daß der Erbe den Geschäftsanteil an die Gesellschaft oder einen näher bezeichneten Dritten abzutreten hat, dann liegt darin für den letzteren ein Vertrag zu seinen Gunsten, für den Erben aber ein Ausschluß von der Erbfolge in die Mitgliedschaft[1]. Die mitgliedschaftlichen Rechte werden während der Übergangszeit bis zur erfolgten Abtretung nur noch in „Vertretung" des Erblassers wahrgenommen (vgl § 77 GenG)[2], wenn nicht sogar nach dem Gesellschaftsvertrag solange ein Ruhen der Mitgliedschaftsrechte bestimmt ist[3]. Für rückständige Leistungen oder für die Einlage haften nicht die Erben der Gesellschaft als Rechtsvorgänger des Dritten (§§ 16 III, 22), sondern allein der verstorbene Gesellschafter. Die Erben haften also nur auf den Nachlaß beschränkbar.

Der Anspruch der Erben auf Vergütung für den abgetretenen Geschäftsanteil, bzw bei vorgeschriebener unentgeltlicher Abtretung der Pflichtteilsergänzungsanspruch[4], richtet sich gegen den Dritten, an den der Geschäfts-

anspr gegen die Ges ist daher i d Nachlaß gelangt, zutr Siebert 22 (anders noch NWB 51). Nach Hueck OHG 266 u Wolf 1551 sei die gesvertragl Bestimmung über die Forts mit nur einem Erben so auszulegen, daß der Abfindgsanspr nicht auch gegen die Ges geltend gemacht werden soll (bedenkl!), vgl a Siebert NJW 1955, 811 Anm 20.

[15] s o § 42 Anm 6.

[16] RG DR 1943, 300 mit Anm v Dietrich (OHG); Bannenberg 97 f; vgl im übr Janberg, Die Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht, Betrieb 1953, 77.

[17] § 2301 II BGB, s o §42 Anm 12.

[1] Geiler bei Staudinger § 727 III 3 und bei Dür-Hachenburg Allg Einl Anm 197; ebenso Flechtheim daselbst § 139 Anm 8 für Personalges; a A Hachenburg § 15 Anm 3 für GmbH; ebenso Bing 62.

[2] s o § 8 Anm 9; § 40.

[3] Hachenburg-Schilling § 15 Anm 3; s o § 39 II.

[4] s o § 42 III.

anteil übertragen wird, gegen die Gesellschaft, wenn diese den Geschäftsanteil selbst erhält[5]. Ist die Gesellschaft auf Grund eines vom Erblasser erteilten postmortalen Auftrages oder durch Treuhandsübertragung[6] verfügungsbefugt, dann werden die Erben die Übertragung allerdings nicht von der vorherigen Zahlung des Entgelts abhängig machen können. Ihr Anspruch richtet sich auch nicht gegen die Gesellschaft, sondern gegen den Dritten, der den Geschäftsanteil bekommt. Die Gesellschaft ist verpflichtet, den Anteil ordnungsgemäß zu verkaufen. Sie hat auch das Interesse der Erben zu berücksichtigen und empfangenes Geld an sie abzuliefern (§ 667 BGB). Übernimmt die Gesellschaft den Anteil selbst, dann hat sie den Abfindungsanspruch der Erben zu erfüllen.

Die Übertragung des Geschäftsanteils und der Erwerb der Mitgliedschaft vollzieht sich nach §§ 15, 16. Tritt die Gesellschaft auf Grund postmortalen Auftrages des Erblassers selbst den Geschäftsanteil ab, oder erwirbt sie ihn, dann ist allerdings eine Anmeldung nicht nötig[7]. Erfüllen der oder die Erben die Verpflichtung auf Übertragung des Geschäftsanteiles nicht, dann kann die Gesellschaft auf Erfüllung klagen[8] oder den Geschäftsanteil einziehen[9]. Ein eingezogener Geschäftsanteil ist allerdings vernichtet und kann nicht mehr übertragen werden. Die Gesellschaft ist aber für befugt zu halten, ohne Kapitalerhöhung einen neuen Geschäftsanteil zu bilden, falls ihre Vermögensverhältnisse es zulassen[10].

§ 45 c) Der Erbe als Dritter

Ist im Gesellschaftsvertrage festgelegt, daß die Mitgliedschaft unter Ausschluß der übrigen Miterben auf einen bestimmten Miterben übergehen soll[1], wird aber der betreffende aus irgend einem Grunde nicht Erbe, dann wird seine Benennung im Gesellschaftsvertrage so auszulegen sein, daß er den Geschäftsanteil wie ein Dritter erhalten soll, wenn seine Einsetzung im

[5] Vgl RG Holdheims Monatsschr 1902, 268 betr AG.

[6] s o § 37 II 2 Anm 6.

[7] Baumbach § 16 Anm 2; RGZ 127, 240.

[8] Knur 117; Milewski 71.

[9] Hueck DNotZ 1952, 558. Die Einziehung muß für diesen Fall im Gesellschaftsvertrage vorgesehen sein. Die Gefahr, daß die Erben den Geschäftsanteil vor der Durchführung der Einziehung anderweit veräußern, kann zwar durch Einführung einer Genehmigungspflicht nach § 15 V verhindert werden, Hueck aaO. Ein gutgläubiger Erwerb des Geschäftsanteils durch einen Dritten ist aber ausgeschlossen, Sprinz, Zur Abtretung von Geschäftsanteilen, DNotZ 1933, 138 ff, 139. Ein Erwerber würde den Geschäftsanteil nur mit demselben Inhalt, wie er den Erben zustand, erhalten, also mit der Übertragungspflicht.

[10] s o § 43 Anm 10.

[1] s o § 43.

Interesse der Gesellschaft erfolgt war[2]. Die Erben haben dem betreffenden Nichterben dann den ganzen Geschäftsanteil gegen Entgelt abzutreten.

Liegt die Nachfolge des Betreffenden nicht wegen individueller Fähigkeiten, Eigenschaften oder sonstiger Umstände im Interesse der Gesellschaft, oder ist er durch Tod weggefallen, dann ist durch Auslegung der Satzung zu ermitteln, was geschehen soll, wenn eine Regelung eines derartigen Falles nicht in Betracht gezogen worden ist. War die Bestimmung lediglich deshalb getroffen worden, um eine Zersplitterung des Anteilrechts zu verhindern, dann steht einem Einrücken eines anderen Miterben anstelle des Weggefallenen an sich nichts im Wege. Die Wahl desselben ist ebenfalls durch Auslegung zu ermitteln. Soll beispielsweise stets der älteste Sohn nach dem Gesellschaftsvertrage allein in die Mitgliedschaft einrücken, dann wird anzunehmen sein, daß die Auswahl nach Altersgesichtspunkten erfolgen soll, so daß der zweitälteste Sohn, oder auch die älteste Tochter, an die Stelle des Weggefallenen treten würde. Auch der Grad der Verwandtschaftsnähe kann eine Rolle spielen. Allerdings ist mit einer solchen Auslegung sehr vorsichtig zu verfahren. Ergeben sich die Gesichtspunkte für die Auswahl der Ersatzpersonen nicht zweifelsfrei, dann muß die betreffende Satzungsbestimmung als hinfällig betrachtet werden. Der gewollte Zweck ist eben unerreichbar geworden. Es würde wieder der gesetzliche Normalfall eintreten, würden die Miterben gemeinsam als Gesellschafter einrücken. War es allerdings auf bestimmte persönliche Eigenschaften des betreffenden Miterben abgesehen, dann wird anzunehmen sein, daß die Gesellschaft unter Ausschluß der Erben fortgesetzt werden soll.

d) Eintrittsrecht des Erben oder eines Dritten und Aufnahmevertrag § 46

Gibt der Gesellschaftsvertrag einem Erben nur ein „Eintrittsrecht", dann soll es vom Erben abhängen, ob er die Gesellschafterstellung mit allen damit verbundenen Pflichten persönlicher Art erwerben will. Derartiges wird besonders bei einer als OHG aufgebauten Sonderleistungs-GmbH zweckmäßig sein, wo dem Erben die Mitgliedschaft nicht aufgedrängt werden soll.

I. Bei der OHG läßt sich ein solches Eintrittsrecht auf die Weise durchführen, daß eine dem § 138 HGB entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrage getroffen wird und dem betreffenden Erben durch Vertrag zugunsten Dritter mit dem Erblasser von allen Gesellschaftern eine Mitgliedschaftsstelle im Zeitpunkt des Todes des bisherigen Gesellschafters angeboten wird[1].

[2] Dies ist meist dann nicht anzunehmen, wenn dem Erblasser die nähere Bestimmung des Nachfolgers gemäß Gesellschaftsvertrag überlassen war, s dazu Knur 61; RGZ 92, 163 [166].

[1] Zitelmann 190 ff; Siebert 12 ff, 17; Geiler, Flechtheim aaO (s o §44 Anm 1); RG JW 1927, 1201; RGZ 145, 289; RGZ 170, 98. Hier liegt ausnahmsweise die

§ 139 HGB ist in einem solchen Falle nach allgemeiner Meinung nicht anwendbar[2]. Ist mit dem Eintrittsrecht eines Miterben zugleich auch ein Ausschluß der Abfindung der übrigen Miterben verbunden[3], dann ist dieser zur Ergänzung des Pflichtteils verpflichtet.

II. Für die GmbH würde eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze bedeuten, daß jedenfalls die Vererbung der Mitgliedschaft durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen wäre. Der Geschäftsanteil könnte aber nicht wie bei der OHG durch Anwachsung verschwinden. Er würde zunächst allen Erben einschließlich dem eintrittsberechtigten Miterben als Nachlaßgegenstand zustehen. Erst in dem Augenblick, wo der begünstigte Erbe das Eintrittsrecht ausübt, kann er auch die persönliche Gesellschafterstellung und damit ein Übernahmerecht auf den Geschäftsanteil gegen die Erbengemeinschaft erwerben. Diese hat den Geschäftsanteil bis zur Ausübung des Übernahmerechts zu verwalten und dann auf den eintretenden Miterben zu übertragen[4]. Sein Eintritt vollzöge sich durch die Ausübung des Übernahmerechts. Im Gesellschaftsvertrage würde daher besser anstatt von einem „Eintrittsrecht" von einem „Recht auf Übernahme des Geschäftsanteils" gesprochen[5].

III. Entsprechendes würde auch für einen sonstigen Dritten gelten, der nicht Erbe ist. In jedem Falle würden der betreffende Erbe bzw der Dritte die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters und nicht die der Erbengemeinschaft im Wege der Einzelnachfolge erwerben, da die gesellschaftsvertragliche Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteils eine solche des verstorbenen Gesellschafters war, die die Erben nur als Nachlaßverbindlichkeit im Auftrag des Erblassers auszuführen haben[6].

Begründung einer neuen Teilhaberschaft für den Erben vor. Der Gesellschaftsanteil des bisherigen Gesellschafters ist im Zeitpunkt des Todes durch Anwachsung an die Anteile der übrigen Gesellschafter erloschen. Durch Abwachsung kann ein neuer Anteil gebildet werden, den der neue Gesellschafter erhält, Neukirch 18 ff, 27, 29, 46; teilw abw Milewski 41 ff, der kein vollständiges Anwachsen annimmt u auch unmittelbares Einrücken des Dritten für möglich hält (s o § 38). Nach RGZ 145, 289 [293] kann die Anwachsung bis zur Entscheidg des Erben über seinen Eintritt hinausgeschoben werden.

[2] Dür-Hach-Flechtheim § 139 Anm 8; Weipert Anm 3, 68; Donner DR 1943, 1227.

[3] RGZ 145, 289 = JW 1935, 417.

[4] Da hierbei keine Erbauseinandersetzung vorliegt, sind bei der Übertragung die Vorschriften der §§ 15, 16 zu beachten; a A Hachenburg-Schilling § 15 Anm 3: seitens des Dritten bedürfe es keiner notariellen Annahmeerklärung, da sein Recht aus dem Gesellschaftsvertrage erwachse (bedenkl). Über Erbauseinandersetzg s u § 52.

[5] Von der oben in § 43 behandelten Möglichkt des Einrückens eines von mehreren Erben in Mitgliedschaft u Geschäftsanteil kraft Erbfolge ist der hier in Frage stehende Fall zu unterscheiden, bei der ein Erwerb im Erbwege ausgeschlossen ist.

[6] s o § 37 Anm 1.

IV. Will sich die Gesellschaft jedoch nicht schon von vornherein gegenüber dem Erben bzw Dritten bindend für eine Aufnahme als Gesellschafter festlegen, dann würde sich empfehlen, im Gesellschaftsvertrag gemäß § 15 V die Abtretung des Geschäftsanteils von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig zu machen. Eine solche Satzungsbestimmung im Zusammenhang mit einer Übertragungspflicht wäre also keineswegs widerspruchsvoll, sondern hätte ihren guten Sinn[7].

V. Lehnt der Erbe bzw Dritte ab[8], oder wird er von der Gesellschaft nicht akzeptiert, dann verfällt der Geschäftsanteil der Einziehung. Hinsichtlich der an die Erben zu zahlenden Abfindung für den Geschäftsanteil kann auch hier auf die oben entwickelten Grundsätze verwiesen werden. Eine Fortsetzung der Mitgliedschaft mit den Erben ist im Zweifel nicht beabsichtigt. Sollte sie ausnahmsweise doch vorgesehen sein, dann ist keine erbrechtliche Nachfolge in das Mitgliedschaftsverhältnis mehr möglich, sondern nur ein Eintrittsrecht.

e) Genehmigung der Erbfolge § 47

Ist in einem Gesellschaftsvertrage die Bestimmung enthalten, der Geschäftsanteil oder die Mitgliedschaft solle auf den Erben nur dann übergehen, wenn die Gesellschaft den Erben bzw den Erbübergang entsprechend § 15 V genehmigt, so ist damit nicht die Erbfolge an sich gemeint. Denn in die Bestimmung, wer Erbe werden soll, kann der Gesellschaftsvertrag nicht eingreifen. Vielmehr ist die Satzungsbestimmung dahin zu verstehen, daß sich die Gesellschaft die Entscheidung vorbehält, ob der Erbe Gesellschafter werden soll. Die Mitgliedschaft erwirbt der Erbe dann erst mit der Genehmigung. Die rückwirkende Kraft derselben (§ 185 BGB), die auf den Erbfall zurückzubeziehen wäre, schadet hier im Unterschied zur rückwirkenden Anmeldung eines Dritten[1] nicht, da hier kein Verlust eines Rechtsvorgängers für die Gesellschaft eintritt und es im Ergebnis nur darauf ankommt, ob der Erbe beschränkbar oder unbeschränkbar persönlich haftet. Bis zur Erteilung der Genehmigung bzw bis zu ihrer Versagung ist vorbehaltlich einer Rege-

[7] Bei den Personalgesellschaften liegt es in diesem Punkte anders. Das Eintrittsrecht kann einem Miterben oder Dritten hier in der Weise durch Gesellschaftsvertrag angeboten werden, daß es nur angenommen zu werden braucht. In diesem Falle erwirbt der Betreffende mit der Eintrittserklärung entw noch den alten Gesellschaftsanteil (RGZ 145, 293) od, wenn man dessen Anwachsg annimmt, durch Abwachsung einen neuen Geschäftsanteil. Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch nur die Aufnahme des Dritten ohne vorherige Bindung der Gesellschaft vorsehen. Dann ist Aufnahmevertrag erforderlich, vgl i e Zitelmann 190 ff.

[8] Erklärg üb Eintritt od Ablehng ist binnen angemess Frist abzugeben, Hueck 262.

[1] s o § 36.

lung im Gesellschaftsvertrag dem Erben die Ausübung der Gesellschaftsrechte in Fortführung der Befugnisse des Erblassers zu gestatten (vgl § 77 GenG), da sonst wegen der rückwirkenden Kraft der Genehmigung der Erbe nachträglich zu jedem in der Zwischenzeit gefaßten Gesellschafterbeschluß seine Zustimmung erteilen müßte.

Ein solcher Genehmigungsvorbehalt im Gesellschaftsvertrag ist für die Gesellschaft in Bezug auf die Vererblichkeit sehr zweckmäßig, da sie sich dadurch vor Überraschungen der individualrechtlichen Erbfolgeregelung schützen kann[2]. Rechtliche Zweifel an der Zulässigkeit des Genehmigungsvorbehalts bestehen nicht. Allerdings wird im Interesse der Rechtssicherheit und nach Treu und Glauben die Gesellschaft innerhalb einer angemessenen Frist, die Zeit zur Überlegung und zu Nachforschungen über die Persönlichkeit des Erben läßt, zur Ausübung oder Versagung der Genehmigung verpflichtet sein[3]. Es kann dazu auch im Gesellschaftsvertrage eine bestimmte Frist vorgeschrieben werden. Nach Ablauf der bestimmten oder angemessenen Frist wird im Zweifel die Genehmigung als erteilt angesehen werden können. Dies ist aus der grundsätzlichen Vererblichkeit des Geschäftsanteils nach § 15 I zu folgern, so daß ein Schweigen zu Lasten der Gesellschaft geht. Der Genehmigungsvorbehalt wird zweckmäßig mit einer Verpflichtung des Erben zur Abtretung des Geschäftsanteils an einen von der Gesellschaft zu benennenden Dritten oder die Gesellschaft selbst zu verbinden sein, wodurch für einen geeigneten Nachfolger vorgesorgt werden kann, wenn der Erbe der Gesellschaft aus bestimmten Gründen nicht paßt.

Wird die Genehmigung versagt, dann ist der Erbe nie persönlicher Gesellschafter gewesen. Seine Handlungen und Verpflichtungen haben Wirkungen nur in Bezug auf den Nachlaß. Die Versagung der Genehmigung ist daher ein geeignetes Mittel, die Vererblichkeit der Mitgliedschaft auszuschließen[4].

[2] Für Genehmigung auch Wieland II 273 u Capelle BB 1954, 1076, 1079. Bei der schweiz GmbH ist die Möglichkeit eines Zustimmungsvorbehalts der Gesellschaft sogar gesetzlich verankert, Art 792 I OR.

[3] So auch RG in Holdheims Monatschr 1902, 268 bezügl AG.

[4] Dies kann auch für die Vererbung der Namensaktie eine Rolle spielen. Fraglich ist nur, ob § 61 III AktG (früher § 222 II HGB), der nur von der Beschränkung der Übertragung handelt, auch auf die Vererbung der Aktie angewendet werden kann. Nach RG Holdheims Monatsschrift 1902, 268 kann durch Verweigerung der Zustimmung der Gesellschaft für einen Erwerb der Aktie durch den Erben die Vererbung der Namensaktie ausgeschlossen werden, dafür auch Rud. Fischer 145 insbes Anm 7 mit weit Nachw; a A Gadow-Heinichen § 61 Anm 18. Allerdings wird bei ihm die Zwangseinziehung von Aktien nach § 192 AktG im Falle des Todes eines Aktionärs auf Grund entspr Satzungsbestimmung für zulässig gehalten, s Anm 12 zu § 192. — Über Einschränkung des Erbrechts bei Namensaktien s a Knur 187; Fabian 14; Triebner 64.

Soll die Gesellschaft das Recht haben, erst bestimmte Zeit nach dem Erbfall zu entscheiden, ob der Erbe als Gesellschafter aufgenommen werden kann, dann liegt darin kein Genehmigungsvorbehalt. Beabsichtigt wird dann vielmehr sein, daß die Mitgliedschaft des Erben erst in dem bestimmten Zeitpunkt beginnt. Bis dahin würde zum Beispiel der Erbe auch nur mit dem Nachlaß haften.

4. Ergebnis

Die vorstehend behandelten Möglichkeiten einer gesellschaftsvertraglichen Regelung des Mitgliedschaftsverhältnisses im Falle des Todes eines Gesellschafters[1] haben gezeigt, daß im Rahmen der Besonderheiten des GmbH-Rechts auch die bei einer Personalgesellschaft in Frage kommenden Ausgestaltungen weitgehend durchführbar sind und sich eine Unvererblichkeit der Mitgliedschaft oder ein Ausschluß der Vererbung derselben durch Gesellschaftsvertrag herbeiführen läßt. Dies steht zur rechtlichen Natur des Geschäftsanteils nicht im Widerspruch, da sich der zeitweilige Fortbestand des Gesellschaftsanteils über den Tod des Gesellschafters hinaus ohne Vererbung der Mitgliedschaft auch bei anderen Gesellschaften findet (vgl §§ 146 HGB; 77 GenG)[2].Der Geschäftsanteil kann also auf die Erben übergehen, ohne daß diese damit notwendig die Mitgliedschaft erhalten, wenn der Gesellschaftsvertrag entgegensteht.

Damit hat sich erwiesen, daß die Vererblichkeit der Mitgliedschaft ein jedenfalls verzichtbares, je nach der Ausgestaltung der Satzung auch entziehbares oder aber unentziehbares Mitgliedschaftsrecht ist[3]. Im Endergebnis ist daher derjenigen Meinung Recht zu geben, die einen Ausschluß der Vererblichkeit des Geschäftsanteils für möglich hält, sofern damit der Ausschluß der Vererblichkeit der Mitgliedschaft gemeint ist[4]. Es ist bei der

[1] Dasselbe würde auch gelten, wenn ein Gesellschafter für tot erklärt ist; dazu Scholz, Rechtslage des vermißten (verschollenen) GmbH-Gesellschafters, CR 1949, 4; Meyer-Lüerssen, Todeserklärung eines Gesellschafters einer Personengesellschaft, BB 1953, 848; Weipert § 131 Anm 26.

[2] s o § 40.

[3] Hachenburg-Schilling § 14 Anm 21; s o § 5 Anm 49. — Ein Sonderrecht wäre die Vererblichkt der Mitgliedsch nur, wenn allg im Gesvtrge die Vererblichkeit ausgeschlossen u sie nur einem od einzelnen Gftern gestattet wäre.

[4] s o § 32 Anm 7; ferner Wieland, der zwar II 328 Vererblichkeitsausschluß ablehnt, da darüber nur das Gesetz, nicht der Parteiwille zu entscheiden habe, aber Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft ohne Erben bejaht, so auch I 416 Anm 53, wo u a § 138 HGB auf die GmbH für entspr anwendbar gehalten wird. — Im übr ist man sich heute allgem darüber einig, daß der Gesellschaftsvertrag einer GmbH bei Tod eines Gesellschafters den Geschäftsanteil einziehen oder die Abtretung des Geschäftsanteils an andere Personen vorsehen kann. Nur darüber besteht Streit, ob das einen Ausschluß der Vererblichkeit darstellt. Der Streit ist aber nicht

GmbH im Unterschied zur AG, wo eine feste Relation zwischen Mitgliedschaft und Grundkapital besteht[5], nicht notwendig, das der freien gesellschaftsvertraglichen Gestaltung unterliegende Mitgliedschaftsverhältnis an die lediglich für das Außenverhältnis gedachte, im Interesse der Kapitalerhaltung geschaffene starre Regelung des Geschäftsanteils zu knüpfen.

Ferner bedeutet ein Ausschluß des Erben von der Erbfolge in die Mitgliedschaft nicht, daß der Vermögenswert des Gesellschaftsanteils dem Erben damit entzogen wird. Der Vermögenswert des Geschäftsanteils geht nach § 1922 I BGB auf den Erben über mit der Folge, daß er auch für die vermögensrechtlichen Leistungen aus dem Geschäftsanteil nach §§ 1967 ff haftet[6].

Der verschiedenartigen Erscheinungsform des Geschäftsanteils in seiner Außenwirkung als Vermögensrecht im Gegensatz zur Innenwirkung als Mitgliedschaftsverhältnis[6] entspricht auch eine unterschiedliche Regelung der Erbfolge, der diese Arbeit in ihrem Titel Rechnung trägt.

---

bloß ein theoretischer. Die Ausführungen haben gezeigt, daß die Möglichkeit des Ausschlusses der Vererbung der Mitgliedschaft nicht nur wirtschaftl Bedeutg hat (so Scholz JR 1955, 331), sondern auch rechtl zu praktischen Ergebnissen führt, die sich vornehmlich auf die Haftung des Erben auswirken. — Die Möglichkeit des Vererbungsausschlusses wird auch für die schweiz GmbH bejaht (Guhl 513; G. Schneider, Rechtsbuch der Schweiz I, 4. Aufl Zürich 1938, zu Art 792 Anm 3) sowie für die österr GmbH (Gellis 173 ff unter Anlehnung an die deutsche Rechtspraxis m Rechtspr österr Gerichte, die aber Vererbungsausschluß ablehnen). Wenn auch § 76 österr GmbHG unserem § 15 I völlig nachgebildet ist, ist die Lage aber dort insofern eine besondere, als Nebenleistungen nach § 8 österr GmbHG nur im Rahmen unseres Aktienrechts zulässig sind (§ 50 AktG) und der autonomen Gestaltung des Mitgliedschaftsverhältnisses mangels einer unserem § 3 II entspr Vorschrift eine Grenze gesetzt ist.

[5] s o § 7 Anm 10.

[6] s o § 8 III 5.

[7] s o § 5 III 1.

Besondere erb- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungen

I. Die Eigenständigkeit von Gesellschaftsrecht und Erbrecht § 49

Die Ausführungen des Zweiten Teils haben gezeigt, daß der Gesellschaftsvertrag einer GmbH in der Weise in das Erbrecht eingreifen kann, daß die Mitgliedschaft von der Vererbung ausgenommen oder auch die Erbfolge in die Mitgliedschaft für die Zwecke der Gesellschaft entsprechend geregelt werden kann. Dies beruht auf der Eigenständigkeit der gesellschaftsrechtlichen Erbfolge, die es gestattet, im Wege der Verbandsautonomie die innergesellschaftlichen Angelegenheiten soweit zu regeln, wie sie reichen. Die Grenze ist der jeweiligen Struktur der Vereinigungsform zu entnehmen. Wo keine Vererblichkeit der Mitgliedschaft, da insoweit auch kein Erbrecht.

Auf der anderen Seite haben aber die Ausführungen auch gezeigt, daß die Verbandsautonomie nicht über ihren Rahmen hinaus in das Erbrecht des BGB eingreifen kann. Dies zeigte sich insbesondere darin, daß der Vermögenswert bzw der Kapitalwert der gesellschaftlichen Beteiligung als Nachlaßgegenstand dem Erben nicht entzogen werden kann[1] und daß dieser auf der anderen Seite auch für die auf dem Geschäftsanteil beruhenden vermögensrechtlichen Leistungen wie ein Erbe haften muß.

Trotz Festlegung der Nachfolge der Bestimmung des Nachfolgers des Gesellschafters zum Mitglied kann der Gesellschaftsvertrag aber nicht in die dem bürgerlichen Erbrecht vorbehaltene Bestimmung des Erben eingreifen. Es läßt sich auch keine Gesamtnachfolge in die Mitgliedschaft außerhalb des Erbrechts durch Verfügung zugunsten Dritter erreichen.

Demnach ergibt sich die Möglichkeit einer klar durchführbaren Trennung der Gebiete von Gesellschaftsrecht und Erbrecht, wenn nur die doppelte Erscheinungsform der Mitgliedschaft in ihrer Innenwirkung als sozialrechtliches Rechtsverhältnis und in ihrer Außenwirkung als individualrechtliches Vermögensobjekt richtig erkannt wird und daraus die sich zwanglos ergebenden Folgerungen für die jeweilige Rechtswirkung gezogen werden.

Es soll nun versucht werden, diesen Gedanken im Hinblick auf das Verhältnis von letztwilliger Verfügung und Gesellschaftsrecht weiter durchzuführen. Es geht dabei darum, das Typische herauszuarbeiten. Einzelheiten lassen sich dann leicht einordnen.

[1] Durch die Unterscheidung zwischen dem nicht zum Nachlaß gehörenden personenrechtlichen Mitgliedschaftsverhältnis und der Erscheinungsform der gesellschaftlichen Beteiligung als Vermögensrecht erledigen sich auch die kritischen Fragen von Saenger 36, wem der kapitalmäßige Wert des Anteils bei Unvererblichkeit des Geschäftsanteils zukommen solle usw.

Der Eigenständigkeit von Gesellschaftsrecht und Erbrecht muß auch eine Unterscheidung der Funktionen zwischen Gesellschaftsvertrag und letztwilliger Verfügung entsprechen. Sie äußert sich darin, daß

1. eine Kollision des Gesellschaftsrechts mit dem Prinzip der Testierfreiheit, wie es in den §§ 2302, 2065, 312 I BGB zum Ausdruck kommt, oder mit dem Prinzip der Universalsukzession nicht stattfindet[1], und daß insbesondere
2. im Gesellschaftsvertrage selbst eine letztwillige Verfügung nicht enthalten ist[2].

Zum letzteren ist zu sagen, daß der Gesellschaftsvertrag allein der Regelung gesellschaftlicher Angelegenheiten zu dienen hat. Dazu gehört auch die Mitgliedschaft. Es liegt den Gesellschaftern bei Aufstellung der Satzung nicht nur der Gedanke fern, damit zugleich ihrem letzten Willen in Gestalt eines Testaments oder Erbvertrages Ausdruck zu verleihen[3], sondern es ist der Gesellschaftsvertrag bzw die Satzung auch gar nicht der Ort für derartige Verfügungen[4]. Denkbar wäre lediglich, daß Gesellschafter untereinander oder mit der Gesellschaft außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses Erbverträge abschließen. Diese können verschiedenen Inhalt haben, insbesondere die Erbeinsetzung der Gesellschaft oder eines Gesellschafters oder auch eines bestimmten Dritten betreffen; in einem Vermächtnisvertrag kann sich der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft auch verpflichten, den Geschäftsanteil ihr selbst oder einem Dritten zuzuwenden, der der Gesellschaft genehm ist[5]. Aber dies wird nur für den besonders gelagerten Fall Bedeutung haben.

[1] Dies hat, wie bereits betont, seinen Grund darin, daß das Mitgliedschaftsverhältnis der Verbandsautonomie in Rahmen des § 35 BGB unterliegt (s o §§ 40, 48) und nicht zum Nachlaß gehört (s o § 8 III 3). — Auch die h M sieht z B in § 139 HGB keine Beschränkung der Testierfreiheit, sondern der Vertragsfreiheit, vgl Weipert § 139 Anm 2; Hueck OHG 263; Dür-Hach-Flechtheim § 139 Anm 4, 8 a E.

[2] a A Scholz CR 1948, 49, der im GesVertrg eine formgültige Testamentserrichtung sieht, wenn Bestimmungen über den Nachfolger eines verstorbenen Gesellschafters getroffen sind; Saenger 34 stellt es auf die jeweilige Interessenlage ab.

[3] So auch RGZ 80, 177; 171, 345 [347]; Fabian 10; Siebert 11.

[4] Soll im Geschäftsvertrag ein Erbvertrag enthalten sein, dann erhebt sich die weitere Frage, ob die Gesellschaft, die noch gar nicht bei Feststellung der Satzung bestand (§ 11), einen Erbvertrag wirksam abschließen konnte. Allenfalls könnte man im Gesellschaftsvertrag einen Vermächtnisvertrag zugunsten der zukünftigen Gesellschaft sehen.

[5] Zuwendungen an einen Dritten durch Erbvertrag haben aber nicht die Wirkg eines Vertrgs zug Dritter, BGH 19. 1. 1954 NJW 1954, 633 = BGHZ 12, 115. Die Abgrenzg zw Erbvertrg u Vertrg auf den Todesfall des Vfgenden (§§ 328, 331 BGB) ist oft schwierig u durch Auslegung ist zu ermitteln, was die Parteien beabsichtigten, Bay ObLG 30. 6. 53 DNotZ 1953, 599.

Notwendig ist eine letztwillige Verfügung für die Bestimmung der mitgliedschaftlichen Nachfolge nicht. Sie läge auch gar nicht einmal im Interesse der Gesellschaft, weil ihre Sicherung bei gesellschaftsvertraglicher Regelung eine viel umfassendere ist. Denn jede Änderung ist an die Erfordernisse einer Satzungsänderung gebunden. Ein Testament dagegen kann einseitig widerrufen werden; vom Erbvertrag kann der Erblasser immerhin nach §§ 2293 ff BGB zurücktreten.

Gesellschaftsvertrag und letztwillige Verfügung erfüllen beide verschiedene Aufgaben und dienen zur Verwirklichung verschiedener Zwecke. Der Bereich des ersteren erstreckt sich aufs Sozialrecht, der der letzteren ist individualrechtlicher Natur. Wenn im folgenden die für das Gesellschaftsverhältnis bei der GmbH praktisch bedeutsamsten letztwilligen Anordnungen behandelt werden[6], wird kein Unterschied gemacht, ob diese durch Testament oder Erbvertrag oder gar in einem gemeinschaftlichen Testament getroffen sind.

III. Der Inhalt letztwilliger Verfügungen

1. Erbeinsetzung unter Auflage

§ 51

Das Hauptanliegen einer letztwilligen Verfügung ist die Einsetzung eines Erben (§ 1937 BGB). Dieser würde wie der gesetzliche Erbe bei Erbantritt neben dem Nachlaß (§ 1922 I BGB) auch die Mitgliedschaft bei der GmbH erhalten (§ 15 I)[1], wenn die Vererblichkeit der Mitgliedschaft kraft Gesellschaftsvertrages nicht gerade ausgeschlossen ist, oder wenn die GmbH auf Grund des Gesellschaftsvertrages die Möglichkeit hat, den Erben abzulehnen. Die Erbeinsetzung auf den Geschäftsanteil allein ist nicht möglich, da dies gegen den Grundsatz der Gesamtnachfolge verstoßen würde[2]. Auch im übrigen ist die Rechtsstellung des eingesetzten Erben die gleiche wie beim gesetzlichen Erben.

Die letztwillige Verfügung kann dem Erben aber die Auflage erteilen, Gesellschafter zu bleiben und alle damit verbundenen Pflichten zu übernehmen[3]. Will der Erbe die Auflage nicht erfüllen, dann bleibt ihm nur die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen[4]. Ist er pflichtteilsberechtigt, dann findet § 2306 BGB Anwendung.

---

[6] Vgl hierzu auch Knur 186, 197; Hachenburg Exkurs III zu § 15; Karger, Letztwillige Verfügung u Familien-GmbH, RdGmbH 1928, 619.

[1] so § 8 III 3, V.

[2] Ein Vindikationslegat (Vermächtnis mit dinglicher Wirkung) ist nach heutigem Recht nicht mehr möglich; vergl Boehmer Erbfolge 17, 10. Anders Lindemann, Erben nach Gegenständen, DR 1944, 646, der auch eine gegenständliche Erbeinsetzung für mögl hält. Das widerspricht aber unserem heutigen Recht.

[3] Hueck OHG 263; Weipert § 139 Anm 2, 70; Dür-Hach-Flechtheim Anm 8.

[4] Weipert aaO Anm 18. Der Erbe kann die Ausschlagung nicht auf den Geschäftsanteil beschränken, Becker RdGmbH 1937, 216.

Entsprechendes gilt, wenn mehrere Erben eingesetzt und alle oder einzelne mit der Auflage beschwert sind[5]. Das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, bleibt jedem Erben vorbehalten (§§ 1942 ff BGB).

§ 52 2. Auseinandersetzungs- und Teilungsanordnungen

I. Bei Einsetzung mehrerer Erben oder bei mehreren gesetzlichen Erben kann der Erblasser ihr Verhältnis untereinader durch letztwillige Verfügung gerade auch im Hinblick auf das gesellschaftliche Beteiligungsverhältnis regeln. Er kann anordnen, daß die Miterben den Geschäftsanteil oder auch mehrere ererbte Geschäftsanteile zu verkaufen oder zu teilen haben, oder daß sie nicht teilen dürfen, oder daß die Auseinandersetzung der Mitgliedsgemeinschaft ausgeschlossen sein soll usw.

Diese Anordnungen haben aber nur Gültigkeit, soweit sie mit der gesetzlichen oder statutarischen Ausgestaltung des Geschäftsanteils zu vereinbaren sind. Gesellschaftsrecht geht insoweit vor. Eine Teilung des Geschäftsanteils in Erfüllung einer Anordnung des Erblassers ist daher nicht möglich, wenn sie die Gesellschaft nicht genehmigt oder wenn sie vom Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist (17 I, VI). Aber auch im Falle der grundsätzlichen Zulassung ist eine Teilung nur nach den Vorschriften des § 5 I, III möglich (§ 17 IV), die mit der Größe der Erbanteile nicht aufzugehen braucht und vielfach nicht aufgehen wird[1].

Es muß aber betont werden, daß in diesen Fällen ebenso wie bei der Frage des Ausschlusses der Erbfolge in die Mitgliedschaft kein Eingriff des Gesellschaftsvertrages in das Erbrecht vorliegt, sondern daß der Erblasser nur gehindert ist, eine Verfügung über einen Gegenstand zu treffen, der seiner Verfügungsgewalt nicht uneingeschränkt unterliegt. Denn das Gesellschaftsverhältnis ist eine außerhalb des Nachlasses liegende Rechtssphäre, die nicht nur den Erblasser, sondern alle Gesellschafter angeht und letztlich auch die Gesellschaftsgläubiger, in deren Interesse die Vorschriften zur Erhaltung des Stammkapitals erlassen sind.

Sofern eine letztwillige Verfügung deshalb unwirksam ist, beurteilt sich die Wirksamkeit der übrigen im Testament oder Erbvertrag enthaltenen Verfügungen nach § 2085 BGB, d h sie bleiben grundsätzlich gültig. Aber

[5] Der einzelne Miterbe hat dann weder die Möglichkeit, bei geteilter Mitgliedschaft (§ 17) dieselbe aufzugeben, noch aus der ungeteilten Mitgliedsgemeinschaft (§ 18) auszutreten, s o § 22 sowie § 24 III. — Eine Erbeinsetzung legt mit den Erbteilen auch gleichzeitig die „Anteile" am Geschäftsanteil fest (§§ 2087 ff BGB); s o § 12.

[1] § 17 besitzt Vorrang vor den erbrechtl Auseinandersetzungsvorschriften, Hachenburg § 18 Anm 6; vgl auch Bauer, Ausschluß der erbrechtl Anteilsteilung, ZAK 1932, 91; s o § 13.

auch die Anordnungen der letztwilligen Verfügung in Bezug auf den Geschäftsanteil können soweit aufrechterhalten bleiben, als der individualrechtliche Bestandteil reicht. Dies betrifft vor allem den Vermögenswert des Geschäftsanteils, der ein zum Vermögen des Erblassers gehörender und nach §§ 1922 ff vererblicher Nachlaßgegenstand ist.

Auf das Verhältnis der Miterben untereinander kann der Gesellschaftsvertrag insoweit nicht einwirken. Er kann nicht vorschreiben, ob und wie sich die Erben über den Nachlaß auseinanderzusetzen oder wie sie den Erlös aus einem verkauften Geschäftsanteil zu teilen haben. Auch wenn jeder einzelne Miterbe in der Gesellschaft über einen selbständigen Teil-Geschäftsanteil im Sinne von § 17 verfügt, können die übertragbaren vermögensrechtlichen Gesellschafterrechte des früher ungeteilten Geschäftsanteils im Verhältnis der Erben untereinander gemeinschaftliches Vermögen bleiben, wobei sich der Anteil eines jeden daran nach seinem Erbanteil richtet[2]. Ist der Ausschluß der Auseinandersetzung vom Erblasser nicht auch mit der Auflage verbunden, den Geschäftsanteil zu behalten, dann ist es dem einzelnen Miterben, wie wir gesehen haben, sogar gestattet, aus der Mitgliedsgemeinschaft auszuscheiden, ohne daß die Erbengemeinschaft davon berührt wird[3]. Die übertragbaren Vermögensrechte, auf die sich das Verbot der Auseinandersetzung dann noch allein bezieht, können trotz Ausscheidens eines Miterben gemeinschaftliches Vermögen bleiben, da die Rechte nicht an die Mitgliedschaft zwingend gebunden, sondern auch an Nichtmitglieder abtretbar sind (vgl entspr § 717 S 2 BGB)[4]. Bei der OHG und KG, wo die einzelnen Miterben mit dem Erbfall sogleich die Stellung selbständiger Gesellschafter unter entsprechender Teilung des Kapitalanteils des Erblassers erhalten, hat das Kammergericht mit Recht darin keinen Widerspruch zu einem Auseinandersetzungsverbot erblickt[5]. Denn das Mitgliedschaftsverhältnis unterliegt anderen Regeln als der Nachlaß. Das gilt auch für die GmbH. Es spielt keine entscheidende Rolle, ob die mitgliedschaftliche Stellung der Miterben in der Gesellschaft von vornherein eine selbständige ist (wie z B bei OHG und KG) oder sie zunächst noch eine gemeinschaftliche ist, wie bei der GmbH. Denn

[2] KG JW 1935, 1794; DR 1942, 731; RGZ 170, 394 f betr OHG; RG DR 1943, 1229 = RGZ 171, 328 ff läßt es ausdrückl dahingestellt, ob die übertragbaren Gesellschafterrechte gem § 717 S 2 BGB bei einer KG trotz automat Teilung des Kapitalanteils u der dadurch möglichen Bildung selbständiger Mitgliedschaften bei Eintritt mehrerer Erben (s o § 11 Anm 11) diesen weiterhin gemeinsam zustehen.

[3] s o §§ 12; 22; 24 III.

[4] RGZ 82, 167 [170].

[5] KG DR 1942, 731 f mit zust Anm v Groschuff s a RGZ 171, 328 [332]: Vervielfältigung der Gesellschaftsrechte ist keine Folge einer auch nur teilweisen Erbauseinandersetzung, a A Donner 1206.

dies ist nur eine besondere Folge der jeweiligen Gesellschaftsstruktur, ändert aber an der Selbständigkeit der Mitgliedschaft gegenüber dem Nachlaß nichts[6].

II. Die Auseinandersetzung über den Geschäftsanteil geschieht, wenn man ihn bezüglich seiner vermögensrechtlichen Bedeutung als Nachlaßgegenstand betrachtet, nach § 2042 BGB entweder durch Teilung (§ 752 BGB) unter Beachtung von § 17 IV oder, wenn aus gesellschaftsrechtlichen Gründen eine Teilung nicht möglich ist (§ 17 I, IV), gemäß § 753 durch Veräußerung des Geschäftsanteils nach den Regeln des Pfandverkaufs, d h durch öffentliche Versteigerung (§§ 1235 ff BGB; 23) und Teilung des Erlöses.

Die Erben können aber auch eine andere Form der Auseinandersetzung wählen, und zwar derart, daß einer von ihnen den Geschäftsanteil übernimmt[7]. Hierbei erhebt sich die Frage, ob eine solche Art der Auseinandersetzung als Veräußerung den Formvorschriften nach §§ 15 III, IV oder dem gesellschaftlichen Genehmigungsvorbehalt nach § 15 V unterliegt[8].

Für die Veräußerungstheorie spricht, daß bei der Auflösung einer Gesamthandsgemeinschaft keine Anwachsung möglich ist[9]. Der übernehmende Gemeinschafter tritt der Gemeinschaft als Dritter gegenüber. Das trifft jedenfalls dann zu, wenn die Mitgliedschaft bei der GmbH kraft Gesellschaftsvertrages unvererblich ist und einer der Miterben durch Übernahme des ganzen Gesellschaftsanteils sein Eintrittsrecht in die Gesellschaft ausüben kann und will[10]. Ist aber die Mitgliedschaft vererblich und bilden die Miterben zusammen als Gesellschafter eine Mitgliedsgemeinschaft nach § 18[11], dann kann – wie wir gesehen haben – ein Austritt aus der Mitgliedsgemeinschaft auch dadurch erfolgen, daß einzelne Gemeinschafter durch Kündigung entsprechend §§ 723, 736 BGB ausscheiden, wodurch ihr Anteil dem oder den übrigen anwächst (§ 738 BGB)[12]. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb es der erschwerenden Bedingungen einer Ver-

[6] s o § 11.

[7] Ein Zuweisungsverfahren wie im Landwirtschaftsrecht (Nr 17 MRVO 84) gibt es hier nicht. Für eine Ausdehnung des Zuweisungsverfahrens auf gewerbl Betriebe tritt Rötelmann JZ 1953, 81 de lege ferenda ein.

[8] Gegen die Annahme einer Veräußerung Scholz § 15 Anm 19, § 17 Anm 6, § 18 Anm 3; Baumbach § 15 Anm 3 C; Becker RdGmbH 1937, 249; aA Feine 377; Baumbach-Hueck § 15 Anm 3 C: keine Veräußerung im Sinne von § 15, wenn nur Ausscheiden eines Gemeinschafters, übernehme ein einzelner, müßte § 15 angewendet werden; so auch Patschke, Erbteilsübernahme durch den Miterben, NJW 1955, 444 ff.

[9] Zutr Patschke aaO; RGZ 68, 410 ff, anders jedoch bzgl Erbengem.

[10] s o § 46 II.

[11] s o § 11.

[12] s o §§ 22, 24 III. – Etwas anderes ist es, wenn nach Auflösung der Erbengemeinschaft aber bei Fortbestand der Mitgliedsgemeinschaft ein Teilhaber seinen ideellen Anteil am Geschäftsanteil an einen Dritten veräußert, s o § 12.

äußerung bedarf, da keine Abtretung an einen Dritten vorliegt, sondern nur eine Veränderung im Mitgliedsbestande der Gemeinschaft, wobei die Identität der Mitgliedschaft gewahrt bleibt. Es muß daher in einem solchen Falle die Auffassung vertreten werden, daß eine Auseinandersetzung der Mitgliedsgemeinschaft derart, daß einer der Beteiligten den Geschäftsanteil allein behält, keine Veräußerung im Sinne von § 15 darstellt und deshalb weder form- noch genehmigungsbedürftig ist, auch wenn zugleich eine Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft im Außenverhältnis erfolgt[13].

Wollen die Erben den Geschäftsanteil nach § 753 BGB verkaufen, dann bedarf dies allerdings der Form nach § 15 III, IV; u U ist auch die Genehmigung der Gesellschaft erforderlich. Wird diese versagt, dann müssen die Erben den Geschäftsanteil ungeteilt behalten[14], wenn sie nicht doch eine Auseinandersetzung der Mitgliedsgemeinschaft vornehmen oder ihnen ein gemeinschaftliches Ausscheiden durch Abandon (§ 27) oder Kündigung der Mitgliedschaft wegen Nichtübernahme von Sonderleistungen möglich ist.

Was die Bewertung des Geschäftsanteils zum Zwecke der Auseinandersetzung oder zur Festsetzung von Pflichtteilen betrifft, so ist auf die Ausführungen über die Abfindung ausgeschlossener Erben zu verweisen[15]. Inwieweit ein Miterbe von dem Auseinandersetzungserlös ausgeschlossen ist, eine Ausgleichungspflicht (§ 2050 BGB) oder sonstige letztwillige Anordnungen des Erblassers zu beachten sind, richtet sich allein nach Erbrecht.

Stehen einem Erblasser mehrere Geschäftsanteile zu (§ 15 II), dann ist bezüglich der Mitgliedschaft die Rechtslage so zu beurteilen, als ob der Erblasser nur einen Geschäftsanteil gehabt hätte. Die Übernahme eines Geschäftsanteils durch einen oder mehrere Miterben ist aber als Abtretung nach § 15 III–V anzusehen, also form- und gegebenenfalls genehmigungsbedürftig. Dies folgt aus der rechtlichen Selbständigkeit der Anteile nach § 15 II.

3. Vermächtnis § 53

Der Erblasser hat auch die Möglichkeit, durch letztwillige Verfügung einem einzelnen Miterben oder einem Dritten entweder den Geschäftsanteil im ganzen oder zum Teil (§ 17) oder einen aus ihm entspringenden vermögensrechtlichen, übertragbaren Anspruch, z B auf Gewinn oder Liquidations-

[13] Der Gesellschaftsvertrag könnte aber vorschreiben, daß auch die Veränderungen in einer Mitgliedsgemeinschaft der Zustimmung der Gesellschaft bedürfen. Dies ist aber nicht schon dann anzunehmen, wenn der Gesvertrag für die Abtretg des Geschäftsanteils im ganzen die Genehmigung der Ges vorschreibt. Dem Gesvertrag ist ein Eingreifen in die Verhältnisse der Mitgliedsgemeinschaft jedoch dann nicht gestattet, wenn die Auflösung lediglich zur Ausübung des Abandonrechts od wegen Nichtübernahme von Sonderleistungen erfolgt (s o §§ 22, 24 III).

[14] Ein Verfahren nach § 753 I 2 BGB dürfte dann ebenfalls ausgeschlossen sein.

[15] s o §42, insbes Anm 6.

erlös, als Vermächtnis zuzuwenden (§ 1939 BGB)[1]. Mit dem Vermächtnis kann der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer beschwert werden (§ 2147 BGB)[2]. Bedacht kann insbesondere die GmbH sein. Der Gesellschafter kann ihr in Form eines Vermächtnisses einen Anspruch gegen den Erben oder einen Vermächtnisnehmer auf Eintritt in die Gesellschaft[3], auf Übertragung des Geschäftsanteils an einen ihr genehmen Dritten oder auf sie selbst bei Eintritt bestimmter Ereignisse zuwenden oder kann ihr den Abfindungsanspruch des Erben stunden oder bis zur Pflichtteilsgrenze erlassen (§ 2306 BGB).

Anordnungen über die Zuwendung des Geschäftsanteils selbst oder eines Teil-Geschäftsanteils (§ 17) sind nur insoweit wirksam, als der Gesellschaftsvertrag Abtretung und Teilung des Geschäftsanteils gestattet. Ist dies nicht der Fall, dann ist die Auswerfung des Vermächtnisses insoweit unwirksam. Durch Auslegung der letztwilligen Verfügung ist aber zu prüfen, ob das Vermächtnis dann nicht in anderer Form bestehen bleiben kann, z B derart, daß der Beschwerte dem Vermächtnisnehmer den Wert des Geschäftsanteils auszuzahlen hat. Soweit der Pflichtteil eines Erben durch die Auswerfung des Vermächtnisses beeinträchtigt wird, ist gemäß § 2318 BGB die Pflichtteilslast vom Erben und Vermächtnisnehmer verhältnismäßig zu tragen.

Ein Vermächtnis begründet für den Bedachten das Recht, die Leistung des vermachten Gegenstandes vom Beschwerten zu fordern (§ 2174 BGB). Der Geschäftsanteil kann daher nicht unmittelbar auf den Bedachten übergehen, sondern muß vom Erben nach § 15 übertragen werden[4]. Dies kann gegenüber der gesellschaftsvertraglichen Abtretungsverpflichtung nach § 3 II eine Schlechterstellung des Erben zur Folge haben, da der Geschäftsanteil mitsamt der Mitgliedschaft zunächst auf ihn übergeht und ihn als Rechtsvorgänger[5] die unbeschränkte mitgliedschaftliche Haftung nach §§ 16 III, 22 und u U auch nach § 28 trifft, während bei einer gesellschaftsvertraglichen Abtretungsverpflichtung die Mitgliedschaft auf ihn nicht erst persönlich überginge, sondern in ihren Wirkungen bis zur Abtretung beim Erblasser bleiben würde, der Erbe daher auch nur mit dem Nachlaß gemäß §§ 1975 ff BGB zu haften brauchte[6]. Der Erblasser würde daher gut daran tun, wenn

[1] Dazu Scholz § 15 Anm 9; Becker RdGmbH 1937, 250; Fabian 36 ff. — Zur Abtretg der Anspr gemäß § 717 S 2 BGB bedarf es nicht Voraussetzungen des § 15, RGZ 82, 167.

[2] Beispielsw wird der Vermächtnisnehmer beschwert, den Gewinn oder einen Teil desselben während eines bestimmten Zeitraumes an den Erben oder einen Dritten zu zahlen.

[3] Siebert 13.

[4] s o § 51 Anm 2. — Ist der Vermächtnisnehmer, der den Geschäftsanteil erhalten soll, gleichzeitig Erbe, dann ist dennoch die Übertragung an ihn form- u ggfl genehmigungsbedürftig, weil er insoweit als Dritter anzusehen ist (s o § 52 II).

[5] Burger 67, 70.

[6] s o § 44.

er dem Vermächtnisnehmer ausdrücklich die Verpflichtung auferlegte, die Erben von allen gesellschaftlichen Leistungspflichten zu befreien, was allerdings keine Wirkung gegenüber der Gesellschaft hätte[5], oder wenn er für eine Aufnahme der Abtretungsverpflichtung in den Gesellschaftsvertrag Sorge trüge. Anders ließen sich die Folgen der vollen persönlichen Haftung vom Erben auf Grund des Vorerwerbs der Mitgliedschaft nicht abwenden, insbesondere könnte dies auch nicht durch rückwirkende Anmeldung des Erwerbers nach § 16 erreicht werden[6].

4. Vor- und Nacherbschaft § 54

Setzt der Erblasser einen Vor- und einen Nacherben ein[1], dann beurteilt sich die Lage nach den §§ 2100 ff BGB. Es würde zunächst der Vorerbe mit dem Geschäftsanteil auch die Mitgliedschaft erhalten; bei Eintritt des Nacherbfalles erhielte sie der Nacherbe, falls der Vorerbe nicht bereits über den Geschäftsanteil nach §§ 2112, 2113 II BGB entgeltlich verfügt hat, oder eine unentgeltliche Verfügung dem Nacherben gegenüber gemäß § 2113 III BGB wirksam ist[2].

Gesellschaftsrechtlich ergeben sich aber auch hier Besonderheiten. Ist bereits im Gesellschaftsvertrag bindend über den Geschäftsanteil in seiner Bedeutung als Mitgliedschaft eine Bestimmung getroffen, dann haben Vor- oder Nacherbe nur die notwendigen Übertragungshandlungen bezüglich des Geschäftsanteils vorzunehmen, ohne die Mitgliedschaft zu erwerben. Soll nach dem Gesellschaftsvertrage nur der Vorerbe Gesellschafter werden, dann ist der Nacherbe von der Nachfolge in die Mitgliedschaft ausgeschlossen. Der Geschäftsanteil bleibt dann im Falle des Eintritts der Nacherbfolge entweder beim Vorerben oder wird eingezogen oder ist von dem Nacherben auf einen Dritten oder die Gesellschaft zu übertragen. Soll dagegen die Mitgliedschaft nicht auf den Vorerben, sondern nur auf den Nacherben übergehen, dann ist dieser insoweit Vermächtnisnehmer. Es ist in diesem Fall erforderlich, daß der Vorerbe den Geschäftsanteil an ihn überträgt oder bis zum Nacherbfall verwaltet.

Vor- und Nacherbe erhalten die Mitgliedschaft mit den Rechten und Pflichten wie sie der Erblasser hatte und soweit sie vererblich sind, also mit Ausnahme der höchstpersönlichen Rechte und Pflichten (z B Geschäftsführung). Eine Verfügung des Vorerben über einen vermögensrechtlichen Anspruch aus dem Mitgliedschaftsverhältnis muß der Nacherbe im Rahmen

[5] Nach Becker aaO trifft den Vermächtnisnehmer im Verhältnis zu den Erben eo ipso die Haftung. Dies mag richtig sein. Eine Verpflichtung des Vermächtnisnehmers empfiehlt sich aber, um Unklarheiten zu entgehen, auf jeden Fall.

[6] s o § 36.

[1] Dazu Hachenburg Exkurs III zu § 15 Anm 2; Fabian 30 ff.

[2] Scholz § 15 Anm 9.

der §§ 2112 ff BGB gegen sich gelten lassen. Im übrigen ist die Lage wie bei der gewöhnlichen Erbfolge. Hatte allerdings der Vorerbe bereits wegen bestehender Sonderleistungspflichten die Mitgliedschaft abgelehnt oder die Stellung eines lediglich kapitalistisch beteiligten Gesellschafters gewählt und erhalten[3], dann ist dies als Verfügung entsprechend § 2112 BGB für den Nacherben bindend. Er erhält dann die Mitgliedschaft bzw den Geschäftsanteil, wenn dieser eingezogen oder veräußert ist, überhaupt nicht[4] oder nur mit der vom Vorerben veranlaßten Beschränkung. Hatte dagegen der Vorerbe ein Wahl- oder Ablehnungsrecht überhaupt noch nicht ausgeübt, dann steht dieses dem Nacherben zu[5]. Denn diesem ist genausowenig wie einem gewöhnlichen Erben oder dem Vorerben zuzumuten, eine persönliche stark bindende Gesellschafterstellung zu erwerben. Selbst wenn der Vorerbe sich ausdrücklich für die Erfüllung aller persönlichen Leistungspflichten entschieden oder auf ein Wahlrecht verzichtet haben sollte, bindet dies die eigene gesellschaftsrechtliche Entscheidungsbefugnis des Nacherben nicht.

Mit dem Eintritt des Nacherbfalles wird der Nacherbe ohne weiteres Gesellschafter. Im übrigen regelt sich das Verhältnis zwischen dem ausscheidenden Vorerben und dem Nacherben nach erbrechtlichen Grundsätzen (§§ 2138 ff BGB)[6].

§ 55 5. Testamentsvollstreckung

I. Hinterläßt jemand eine Gesellschaftsbeteiligung und hat er durch Testament einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernannt (§ 2197 BGB), dann entsteht das bedeutsame Problem, in welchem Umfang sich die Befugnisse des Testamentsvollstreckers auf die vererbte Gesellschaftsbeteiligung erstrecken[1].

Bei der Lösung des Problems ist auch hier von der Unterscheidung des dem Nachlaß angehörenden Vermögenswerts der Beteiligung und des nicht

[3] s o § 23 II.

[4] § 2113 BGB ist auf das Mitgliedschaftverh nicht anwendbar, sondern nur auf den mitgliedschaftl Vermögenswert, z B Abfindungsanspr od Einziehungsentgelt. Eine unentgeltl Einziehg ist dem Nacherben ggüber insoweit unwirksam als dessen Pflichtteil beeinträchtigt wird. Eine gegen den Vorerben durchzuführende Zwangseinziehg wird aber nicht gehindert, nur muß u U mit Rücksicht auf den Nacherben das Entgelt vorher festgesetzt sein, s o § 42 II 3.

[5] Verbraucht ist das Wahlrecht nur, wenn der Vorerbe die Kommanditistenstellg (bzw bei der Sonderleistgs-GmbH die Stellg eines ledigl kapitalistisch beteiligten Gesellschafters) gewählt hatte, so zutr für OHG Hueck OHG 267; Dür-Hach-Flechtheim § 139 Anm 23. Weipert § 139 Anm 33 hält dagegen mit Rücksicht auf die Gesellschbelange das Wahlrecht des Nacherben auf jeden Fall für verbraucht.

[6] Weipert § 139 Anm 24.

[1] Siebert NWB 51; Hueck DNotZ 1952, 551 Anm 1; Weiler DNotZ 1952, 283; Donner DNotZ 1944, 143 ff; Fabian 40 ff.

zum Nachlaß gehörigen personenrechtlichen Mitgliedschaftsverhältnisses auszugehen[2].

Die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers kann zum Gegenstand haben:

a) Die Ausführung letztwilliger Verfügungen (§ 2203 BGB),
b) die Bewirkung der Auseinandersetzung unter den Miterben (§ 2204 BGB) und
c) die Verwaltung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände (§§ 2205 ff, 2208 I 2, 2209, 2216 BGB).

Insoweit der Geschäftsanteil als Nachlaßgegenstand zu betrachten ist, der Geschäftsanteil also als Vermögensobjekt erscheint, hat der Testamentsvollstrecker anstelle der Erben die unter a) und b) fallenden Aufgaben zu erfüllen. Die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers kann hier wie die der Erben auf Grund entsprechender Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages Beschränkungen unterliegen, insofern als die Veräußerung oder Teilung des Geschäftsanteils an einen Genehmigungsvorbehalt geknüpft oder sogar ausgeschlossen ist. Die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers kann aber auch durch Gesellschaftsvertrag erweitert werden. Legt dieser dem Gesellschafter z B die Pflicht auf, den Geschäftsanteil im Falle seines Todes an eine bestimmte Person oder die Gesellschaft zu übertragen, dann wird im Zweifel der Testamentsvollstrecker als Vertreter des verstorbenen Gesellschafters verpflichtet sein, dieses Rechtsgeschäft vorzunehmen.

Die Befugnis des Testamentsvollstreckers geht aber auch im Falle c) nie weiter, als der Geschäftsanteil Nachlaßgegenstand ist. Der Testamentsvollstrecker kann ihn wohl gegebenenfalls im ganzen oder zum Teil veräußern, oder die vermögensrechtlichen Ansprüche (Gewinn und Liquidationserlös) zum Nachlaß ziehen, dagegen kann dem Testamentsvollstrecker im Zweifel eine Ausübung mitgliedschaftlicher Rechte nicht gestattet werden. Denn die Mitgliedschaft gehört nicht zum Nachlaß und ist daher dem Machtbereich des Testamentsvollstreckers entzogen[3]. Er darf also nicht für den Erben in der Gesellschafterversammlung erscheinen, das Stimmrecht ausüben, Anträge stellen, Geschäftsbücher einsehen, das Mitgliedschaftsverhältnis kündigen

[2] Die hM sieht i Bez auf die Ausübung der Testamentsvollstreckg auf Geschäftsanteil u Mitgliedschaft bei der GmbH keine bes gesellschaftsrechtl Probleme, vgl Becker RdGmbH 137, 250 f; Scholz CR 1948, 51 f; Hachenburg Exkurs III zu § 15 Anm 3; vBurchard, Befugnisse eines Testvollstr in einer GmbH, RdGmbH 1954, 150 ff u Fischer JZ 1954, 427 (s im übr unt Anm 4, 9).

[3] So auch für die Personalhandelsgesellschaften Hueck OHG 268; Weiler 283, 298; Liebisch 140; Wolf 1550; RG DR 1943, 353; RGZ 170, 392 = DR 1943, 806 (OHG); RGZ 172, 199 (KG); ebenso Dietrich DR 1943, 807; Siebert aaO. Auch Knur 183 ff nimmt Zuständigkeit des Testamentsvollstreckers grundsätzlich nur für die übertragbaren Mitgliedschaftsrechte an; so auch Fabian aaO; a A Donner DNotZ

und sonstige Wahl- und Entscheidungsrechte des Erben mitgliedschaftlicher Art ausüben. Anders liegt es nur dort, wo der Testamentsvollstrecker entweder gesetzlicher Vertreter des Erben ist oder als dessen Treuhänder im eigenen Namen auftritt, also für ihn die Mitgliedschaft mit allen Rechten und Pflichten ausübt[3a] oder von ihm bevollmächtigt ist[4].

Eine besondere Frage ist, ob der Erblasser dem Erben die Pflicht auferlegen kann, die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch Testamentsvollstrecker zu dulden. Dies wird man als Auflage nach § 1940 BGB ansehen und grundsätzlich für zulässig erachten müssen[5], vorausgesetzt daß es sich um die Verwaltung der Mitgliedschaft im g a n z e n, nicht etwa nur einzelner unübertragbarer Bestandteile derselben handelt, wie z B bloß um die Ausübung des Stimmrechts durch einen Testamentsvollstrecker[6]. Letzterer ist dann wie ein Bevollmächtigter befugt, die Mitgliedschaftsrechte auszuüben. Allerdings setzt dies voraus, daß die Ausübung der Rechte durch Bevollmächtigte bei der Gesellschaft üblich ist und diese nicht widerspricht[7]. Eine Anmeldung des Testamentsvollstreckers nach § 16 ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn er seine Legitimation durch Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB) und gegebenenfalls durch schriftliche Vollmacht des Erben

1944, 143 ff; Sommer, Der Testamentsvollstrecker im Handelsrecht, DNotZ 1936, 937 ff; Bondi, Der Testvollstr als Kaufmann, ZBH 1926, 308 ff, 319 f.

[3a] Über treuhänderische Gesellschaftsbeteiligg BGHZ 10, 44 (13. 5. 53) = NJW 1953, 1548.

[4] Vgl auch BGHZ 12, 100 = NJW 1954, 636 bzgl Einzelhandelsgeschäft. Nur in solchen Fällen wird man auch bei einer Gesellschaft den Testvollstr als befugt ansehen dürfen, für die Erben mitgliedschaftl Befugnisse selbständig auszuüben; aA bei GmbH die h M, Baumbach-Hueck § 18 Anm 4 b; Scholz § 15 Anm 98 u CR 1948, 52; Knur 197; vBurchard (s o Anm 1); sie billigt dem Testvollstr unbedenkl auch die Ausübung des Stimmrechts zu, auch bei Satzungsänderungen (vgl vBurchard aa O).

[5] RGZ 172, 205; BGH aaO; s a KG 24. 1. 55 DNotZ 1955, 418 [422]. — Hier ist es von großer Wichtigkeit, durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermitteln, ob in der Anordnung einer Testamentsvollstreckung nicht eine derartige Auflage zu finden ist. Der Erblasser wird sich meist rechtlich über den Wirkungsbereich der TV auf die Mitgliedschaft nicht im Klaren gewesen u die Ersteckung der TV gerade auch auf die Mitgliedschaft gewollt haben. Es kommt hierbei stark auf Umfang und Maß seiner persönlichen Beteiligung an: je mehr sie sich auf eine bloß vermögensrechtl beschränkt, desto eher ist Zuständigkt des TV anzunehmen.

[6] BGH 8. 10. 53 BB 1953, 926 = MDR 1954, 32 = Betrieb 1953, 965 (betr KG), s a BGHZ 3, 354 = NJW 1952, 178 (betr OHG). — Auch bei der GmbH ist das Stimmrecht unabtrennbarer Bestandteil der Mitgliedschaft, Scholz § 15 Anm 6; a A noch RGZ 157, 52 [55], dagegen Scholz aaO. Bei bergrechtl Gewerkschaft hat BGH 14. 7. 53 BB 153, 717 die Übertragung des Stimmrechts allein als unzulässig abgelehnt; ebenso bei Personalges, BGH 10. 1. 51 NJW 1951, 268.

[7] RGZ 172, 207.

nachweist. Der Gesellschaftsvertrag wird auch generell die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch einen Testamentsvollstrecker zulassen können[8]. Vorschreiben kann der Gesellschaftsvertrag die Ausübung durch Testamentsvollstrecker dagegen nicht, da die Bestellung eines solchen nicht im Machtbereich der Gesellschaft liegt. Eine entsprechende Vorschrift des Gesellschaftsvertrages ist dahin umzudeuten, daß die Erben einen Bevollmächtigten zu bestellen haben (§ 18 III).

II. Besaß der Erblasser keine Gesellschaftsbeteiligung, so kann die Frage entstehen, ob der Testamentsvollstrecker im Rahmen der Nachlaßverwaltung befugt ist, für die Erben einen Gesellschaftsvertrag über die Errichtung einer GmbH abzuschließen oder einen Geschäftsanteil einer GmbH zu erwerben. Wenn der Erblasser in der letztwilligen Verfügung nicht gerade eine solche Pflicht des Testamentsvollstreckers festgelegt hat, wird man eine solche Befugnis des letzteren verneinen müssen, da sie über den Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers, den N a c h l a ß zu verwalten, hinausgeht. Die hM lehnt daher mit Recht eine derartige Befugnis des Testamentsvollstreckers ab, da er mit dem Erwerb der Mitgliedschaft die Erben nicht persönlich ohne Möglichkeit der Beschränkung auf den Nachlaß verpflichten kann[9].

III. Damit erweist sich auf auf dem Gebiet der Testamentsvollstreckung die Trennung der Bereiche von Gesellschaftsvertrag und letztwilliger Verfügung als durchführbar. Bei Beurteilung der einzelnen Frage nach Gesellschaftsrecht oder Erbrecht ist immer davon auszugehen, ob die Maßnahme dem Nachlaß dienen oder sich auf das Mitgliedschaftsverhältnis auswirken soll. Gibt man im ersteren Fall erbrechtlichen, im letzteren Fall gesellschaftsrechtlichen Normen den Vorrang, dann wird sich ein Ausgleich zwischen dem Gemeinschaftswillen und dem Individualinteresse sicher finden lassen[10].

[8] Die Frage ist in RGZ 172, 203 offengelassen, s a aaO 207.

[9] KG RJA 8, 127 = Recht 1907 Nr 1945; RJA 16, 102; KGJ 33 A 136; Scholz § 2 Anm 4; Baumbach § 2 Anm 2 B; a A Hachenburg-Schilling § 2 Anm 10; gegen ihn Fischer JZ 1954, 427, der eine Befugnis des TV aber nur dann nicht für gegeben hält, wenn durch Gesvertrag Verbindlichkeiten wie bei Personalges begründet werden, die ihrem Inhalt nach mit einer Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß nicht vereinbar sind, wie z B bei Sonderverpflichtgen nach § 3 II, ebenfalls nicht bei Gefahr einer drohenden Inanspruchnahme der Erben nach § 24; vBurchard (s o Anm 1) hält eine E r w e i t e r u n g der Gesellschafterpfl der Erben durch TV nur im Rahmen der Nachlaßmittel für zulässig.

[10] Eine Testamentsvollstreckg kann auch für einen Vermächtnisnehmer angeordnet werden, BGH 29. 4. 54 NJW 1954, 1036 = DNotZ 1954, 399 = BGHZ 13, 203. In einem solchen Falle wird der TV befugt sein, von dem Erben die Übertragg des Geschäftsanteils auf den Vermächtnisnehmer zu verlangen, falls diesem der Geschäftsanteil vermacht ist. Hat der Vermnehmer durch Übertragg des Geschäftsanteils die Mitgliedschaft erworben, dann erstrecken sich wie beim Erben die Befugnisse des TV auf den mitgliedschaftl Bereich grundsätzl nicht.

Die Regel, wonach sich die auf den Nachlaß auswirkenden Maßnahmen nach dem Erbrecht des BGB, die mitgliedschaftlichen Angelegenheiten sich aber allein nach Gesellschaftsrecht zu beurteilen haben, ist auch bei sonstigen Wirkungen des Erbrechts, die nicht auf den Willen des Erblassers beruhen, anwendbar. Hier ist vor allem an Nachlaßpflegschaft, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs zu denken (§§ 1960 ff, 1975 ff, 2062 BGB; 214 ff KO; 113 Vergl O)[1]. Hier interessiert vor allem die Frage, welchen Einfluß die zu treffenden Maßnahmen und die eingesetzte Amtsperson des Nachlaß- oder Konkursverwalters auf das Mitgliedschaftsverhältnis nehmen können.

Nachlaßkonkurs kann die Auflösung der Gesellschaft (§ 60 II) oder den Ausschluß des betroffenen Gesellschafters aus der GmbH zur Folge haben (§34). Berührt eine Maßnahme aber, wie es regelmäßig der Fall sein wird weder den Bestand der Gesellschaft noch den der Mitgliedschaft, dann ergibt sich die Antwort auf die gesellschaftsrechtliche Frage nach der Stellung des Verwalters zur Gesellschaft aus der oben entwickelten Regel von selbst:

Da sein Aufgabenbereich nur auf den Nachlaß beschränkt ist, wird in die mitgliedschaftliche Stellung des Erben nicht unmittelbar eingegriffen. Im einzelnen bedeutet das:

1. Bei einer Nachlaßpflegschaft nach §§ 1960 ff BGB ruhen die Mitgliedschaftsrechte bis zur Annahme der Erbschaft durch den Erben oder bis zu seiner Auffindung[2].

2. Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs haben auf die bereits eingetretene persönliche Mitgliedschaft des Erben kraft Gesamtnachfolge zunächst keinen Einfluß. Denn es unterliegt nur der Vermögenswert der Beteiligung dem Zugriff der Nachlaßgläubiger eines Gesellschafters[3]. Der Aufgabenbereich des Verwalters erstreckt sich somit auch nur auf die Verwertung des Geschäftsanteils im ganzen als Vermögensrecht oder die Einziehung vermögensrechtlicher Ansprüche, insbesondere des Gewinns, nicht aber auch auf die Ausübung der Mitgliedschaft[4]. Der Verwalter hat insbesondere kein Stimmrecht. Wird der Geschäftsanteil von ihm veräußert,

[1] Vgl dazu Becker RdGmbH 1937, 250 f; Scholz § 15 Anm 96, 97; CR 1948, 52; s o § 55 Anm 2.

[2] s o § 9.

[3] s o § 5 Anm 22, § 8 Anm 40.

[4] Ob bei Privatkonkurs des Erben oder bei Pfändungen seines Geschäftsanteils dasselbe gilt, kann hier dahingestellt bleiben, da Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung nur das hinterlassene Vermögen des Erblassers betreffen und den Erben nur in dem Genuß der Früchte des Geschäftsanteils und in Bezug auf die Verfügungsbefugnis beschränken.

wozu er berechtigt ist, da die Veräußerungsbefugnis zum individualrechtlichen Bereich zwecks Realisierung des Vermögenswertes gehört, dann verliert der Erbe allerdings spätestens mit der Anmeldung des Erwerbers nach § 16 die mitgliedschaftlichen Befugnisse, wenn er nicht mit seinem Privatvermögen zum Erwerb des Geschäftsanteils einspringt. Andernfalls wird der Erwerber des Geschäftsanteils Gesellschafter. Der Erbe ist aber persönlich unbeschränkbar haftender Rechtsvorgänger nach §§ 16 III, 22, 28.

V. Besondere Rechtsformen der GmbH

1. Allgemeines

§ 57

Zur Vervollständigung des Bildes über das Verhältnis von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht sollen nunmehr auch noch die besonderen Rechtsformen, unter denen die GmbH nach außen auftreten kann, berücksichtigt werden.

I. Diese Formen sind einmal zwangsläufig durch das Gründungsstadium bedingt. Vor ihrer Eintragung in das Handelsregister besteht die GmbH als solche nicht (§ 11 I). Trotzdem ist aber schon ein gesellschaftlicher Zusammenschluß vorhanden, der in seiner Eigenart durch die zukünftige GmbH bestimmt ist. In diesem Vorstadium unterscheidet man die „Vorgründungs-Gesellschaft", deren Zweck ausschließlich auf Gründung und Entstehung der GmbH gerichtet ist, und die Vor-Gesellschaft, die schon vor ihrer Entstehung als GmbH durch Betreibung von Geschäften handelnd auftritt[1].

II. Zum anderen kann bei der GmbH auch ein interner Vorgang Rückwirkungen auf das Außenverhältnis haben, nämlich wenn ein Gesellschafter sämtliche Geschäftsanteile erworben hat und nun alleiniger Gesellschafter ist. Hier liegt eine sog „Einmann-Gesellschaft" vor. Ein solcher dem Prinzip einer Gesellschaft widersprechender Zustand ist zwar heute rechtlich anerkannt[2], aber in vieler Beziehung wird dem tatsächlichen Zustand der Identität zwischen Gesellschaft und Gesellschafter Rechnung getragen[3].

[1] Soergel-Siebert Vorbem II 1 zu § 21; Kastner; Die Vorgesellschaft, ÖJZ 1953, 1 ff insbes Anm 2; JvGierke § 41 II 20 (a E). Schultze v Lasaulx JZ 1952, 390 unterscheidet zw echter u unechter Vor-Gesellschaft: die letztere tritt schon unabh v ihrer Eintragg handelnd auf.

[2] RGZ 169, 240 [248]; J v Gierke § 50 VII 2g; Feine 425 ff; Scholz § 15 Anm 60—63 u RdGmbH 1949, 3; Friedlaender 69 ff; Soergel-Siebert Vorbem I 4 zu § 21, sowie mit ausführl Nachw Siebert, Einmann-GmbH und Strohmann Gründung, BB 1954, 417; s a Siebel JZ 1953, 724 u Schilling 725. — Hachenburg-Schilling Anh zu § 13 Anm 1 will der Einmann-Ges Rechtspersönlichk absprechen u Gesvermögen als Sondergut des Gfters behandeln, krit dazu Hueck NJW 1954, 1922.

[3] Die GmbH und ihr Gesellschafter werden rechtlich in vieler Beziehung (guter Glaube, Kenntnis usw) einander gleichgestellt, Siebert aaO 418; Scholz § 13 Anm 8; Hachenburg-Schilling Anh zu § 13 Anm 4; Friedlaender 74 ff; Becker-Schmidt 13 ff;

Praktisch läuft die Einmann-Gesellschaft auf einen Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung hinaus[4].

III. Schließlich kann die GmbH noch besondere gesellschaftsrechtliche Verbindungen eingehen. Fälle, in denen sie lediglich an einer anderen Gesellschaft beteiligt ist, oder die andere Gesellschaft Geschäftsanteile einer GmbH besitzt, oder in denen die GmbH Konzernunternehmen (15 AktG) ist, interessieren hier nicht, da bei diesen Arten der rechtlichen und wirtschaftlichen Verflechtung Einflüsse durch Tod und Erbnachfolge eines Gesellschafters Bestand und Mitgliedschaftsverhältnis dieser rechtlich selbständigen Gesellschaften nicht direkt beeinflussen. Anders kann es dagegen dort liegen, wo die Verflechtung derart eng gestaltet ist, daß sie auch das Mitgliedschaftsverhältnis unmittelbar mit ergreift, indem zwischen den Gesellschaftern einer GmbH und denen einer anderen Gesellschaft Personengleichheit besteht, oder wo die GmbH mit anderen Personen ein eigenes Gesellschaftsverhältnis eingeht.

1. Ersteres ist der Fall bei der sog „Doppelgesellschaft", bei der die Mitglieder einer Gesellschaft zu irgendwelchen Zwecken sich einer eigens dafür gegründeten GmbH bedienen, an der sie persönlich alle beteiligt sind. Am häufigsten findet sich die Doppelgesellschaft bei Kartellen. Der Kartellverband ist regelmäßig eine bG, die Vertriebsgesellschaft meist eine GmbH[5]. Es können aber auch Gesellschafter einer GmbH ein Sonderleistungsverhältnis in Form einer bG begründen[6], die dann neben der GmbH besteht und alle oder einen Teil ihrer Gesellschafter umfaßt.

2. Größere Bedeutung hat aber eine andere Gesellschaftsverbindung. Ähnlich wie bei einer Einmann-Gesellschaft wird aus Gründen der Haftungsbeschränkung eine bG oder OHG aus mehreren GmbH gebildet, oder in eine KG wird als persönlich haftender Gesellschafter eine GmbH aufgenommen.

Schumacher JW 1937, 2249. Fragl ist z B die Umstellg einer Hypothek des Einmann-Gfters an einem Gesgrundstück gemäß 40. DVO zum UmstellgsG: für Umstellg im Verh 1 : 1 AG/LG Gießen NJW 1953, 868; a A LG Braunschweig Nds Rpfl 1954, 183; AG Hannover NJW 1950, 310 (10 : 1). Es handelt sich hier mit um das Problem des Durchgriffs „auf die Menschen hinter der jur Person", Serick, Rechtsform u Realität jur Personen, Berlin/Tüb 1955.

[4] Scholz RdGmbH 1949, 2; s a Schilling Einmann-Ges u Einzelunternehmen mbH JZ 1953, 161.

[5] Ähnlich liegt es bei Familiengesellschaften; als Grundgesellschaft fungiert hier am häufigsten eine KG oder eine OHG als Anlagegesellschaft.

[6] RGZ 151, 321 = JW 1936, 2873. — Über Doppelgesellschaft s a J v Gierke § 53 VI A 2a β; Scholz § 3 Anm 23; Friedlaender 47; Huber, Wirtschaftsverwaltgsrecht, 2. Aufl, Tübingen 1953, § 29 III 1d; Göke, Die Doppelges, Göttinger Diss 1930.

Hier spricht man von einer „GmbH & Co“[7]. Liegt auch noch Personengleichheit zwischen den Gesellschaftern der GmbH und den Kommanditisten der KG vor, dann könnte man von einer GmbH & Co im engeren Sinne sprechen[8].

2. Im einzelnen § 58

Für die Vererblichkeit der Mitgliedschaft bei diesen Sonderformen ergibt sich folgendes:

I. Bei der Vorgründungsgesellschaft, die ihrem Zweck entsprechend nur eine bG nach §§ 705 ff BGB sein kann[1], würde sich die Vererblichkeit der Mitgliedschaft nach § 727 BGB beurteilen. Danach würde die Gesellschaft durch den Tod eines Gründers aufgelöst. Die Vorgründungsgesellschaft träte ins Liquidationsstadium. Eine persönliche Mitgliedschaft erwürbe der Erbe nicht[2].

Diese Folgen könnten durch den Vorgründungs-Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen werden. Er könnte namentlich die Bestimmung enthalten, daß die Vorgründungsgesellschaft durch den Tod eines Gründers nicht aufgelöst werden und die Mitgliedschaft vererblich sein soll. Es könnte die Gesellschaft auch unter Ausschluß der Erben fortgesetzt werden (§§ 736, 738 BGB). Im Vererbungsfalle ginge die Mitgliedschaft auf mehrere Erben derart über, daß jeder Erbe selbständiges Mitglied der Vorgründungsgesellschaft würde. Die Erben sind aber im Zweifel zu keiner höheren Einlage verpflichtet, als der Erblasser zu übernehmen hatte. Soweit sich wegen Verschiedenheit der Erbteile mit den nach § 5 zu bildenden und von den Erben zu übernehmenden Stammeinlagen oder wegen Unterschreitung der Mindestsumme von 500 DM pro Stammeinlage keine gesetzmäßigen Stammeinlagen übernommen werden können und keine Einigung darüber unter den Gründern nebst Erben erzielt wird, ist der Zweck der Vorgründungsgesellschaft unmöglich geworden. Sie verfällt der Auflösung (§ 726 BGB). Um dieses

[7] Es liegt ein besonderer Fall einer Grundtypenvermischung vor (s o § 4 Anm 15). — Die Zulässigkeit einer GmbH & Co ist zivilrechtlich seit RGZ 105, 101 anerkannt, vgl auch OLG Hamburg 8. 7. 52 DNotZ 1953, 109. Steuerrechtlich stand man dem Gebilde erst ablehnend gegenüber, RFH 10, 65; 17, 91. Später hat aber auch der RFH die GmbH & Co anerkannt, so am 14. 11. 1928 StuW 1929 Nr 194 u am 30. 8. 1932 StuW 1932 Nr 195. Dieser Ansicht ist auch der BFH gefolgt, Urt v 22. 8. 1951 BStBl 1951 III 181 sowie v 28. 9. 1951 BStBl 1952, 14; vgl i übr Priese, Die GmbH & Co im Steuerrecht, BB 1953, 793; Bühler 140 f; Zintzen, Die GmbH & Co, RdGmbH 1950, 116; 1952, 145; 1953, 23; Scholz RdGmbH 1949, 4; Ritter, NWB 45/1953, Fach 18, 85 ff; Friedlaender 46.

[8] Vgl i übr Drechsel, Die GmbH & Co u die GmbH & Co im engeren Sinne, Göttingen Diss 1951.

[1] Feine 187 ff; H. Lehmann 187; Kastner ÖJZ 1953, 1; Ganßmüller, Die werbende Vor-GmbH, RdGmbH 1953, 116 ff, 120. Ein formgültiger Gesellschaftsvertrag im Sinne des GmbHG liegt bei einer Vorgründungsgesellschaft oft noch gar nicht vor.

[2] s o § 8 Anm 9.

Ergebnis zu verhindern, empfiehlt es sich, schon in den Vorgründungsvertrag genaue Bestimmungen für den Fall des Todes eines Gesellschafters und die Fortsetzung mit den Erben aufzunehmen[3], insbesondere darüber, welche Stammeinlage jeder einzelne Erbe zu leisten hat, um einen selbständigen Geschäftsanteil zu übernehmen; oder es muß bestimmt werden, daß die Miterben einen gemeinschaftlichen Geschäftsanteil zu übernehmen haben[4].

Enthält der Vorgründungs-Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über die Fortsetzung der Gesellschaft oder die Vererblichkeit der Mitgliedschaft, dann erhebt sich die Frage, ob nach dem Zweck der Vorgründungsgesellschaft nicht wenigstens die Fortsetzung der Gesellschaft unter Ausschluß der Erben stillschweigend beabsichtigt ist. Von den Erben wird man ohne ausdrückliche Vorschrift des Gesellschaftsvertrages die Fortsetzung der Mitgliedschaft nicht verlangen können[5]. Die übrigen Mitgesellschafter könnten aber durchaus an der Fortsetzung der Vorgründungsgesellschaft interessiert sein. Jedoch wird man im Zweifel annehmen müssen, daß die in Aussicht genommene Kapitalbeteiligung und persönliche Leistung des verstorbenen Gründers eine so wesentliche Bedeutung hat, daß sein Tod auch die Auflösung der Vorgründungsgesellschaft zur Folge haben soll. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine GmbH mit dem Mindeststammkapital von 20000 DM gegründet werden soll. Die übrigen Gesellschafter haben es allerdings in der Hand, die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft zu beschließen, eventuell sind ihre Einlagen entsprechend zu erhöhen.

II. Bei der Vor-GmbH ist bereits ein formgültiger Gesellschaftsvertrag nach § 2 abgeschlossen[6]. Nach welcher gesellschaftlichen Rechtsform sie bis zur Entstehung als GmbH (§ 11 I) zu beurteilen ist, ob als bG, OHG oder nichtrechtsfähiger Verein, ist streitig[7]. Eine bestimmte Meinung kann ange-

[3] Kastner ÖJZ 1953, 2.

[4] Die Möglichkeit ist bestritten: dagegen die h M Scholz § 5 Anm 8; § 2 Anm 4; Baumbach § 2 Anm 2 D; OLG Stuttgart RJA 2, 130; KG OLGR 14, 324; KGJ 33, 135; dafür Hachenburg § 2 Anm 27; Fischer JZ 1954, 427. Übersehen wird allgemein, daß die Erben bei Übernahme eines gemeinschaftlichen Geschäftsanteils gar nicht in ihrer Eigenschaft als Erbengemeinschaft, die sich nur auf den Nachlaß beschränkt, handeln, sondern eine Mitgliedsgemeinschaft unabhängig vom Bestehen der Erbengemeinschaft bilden (s o § 11). Es ist nicht einzusehen, warum mehrere Personen nicht einen Geschäftsanteil gemeinsam übernehmen können. Mehrere Erben haften dann allerdings unbeschränkbar.

[5] So auch OLG Bamberg LZ 1910, 872; Feine 191.

[6] Es handelt sich hier um das Stadium zwischen Errichtung des formgültigen Gesellschaftsvertrages (§§ 2 ff) und der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister (§ 11), s dazu insbes Feine 194 ff; Kastner aaO.

[7] Vgl Soergel-Siebert Vorbem II 1 zu § 21; Kastner aaO; Schultze v Lasaulx 1952, 390 ff; Ganßmüller 116 ff; Paul, Ausschluß aus zweigliedriger Vor-GmbH, NJW 1948, 417 ff, Otto BB 1954, 573; s a DRspr Übersichtsbl II (220) zu § 11 GmbHG; OLG Oldenburg 3. 6. 55 BB 1955, 713.

sichts der Vielfalt der möglichen Gesellschaftszwecke und vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten nicht vertreten werden. Es kommt auf den konkreten Einzelfall an. Am besten dürfte die Erklärung einleuchten, daß die Vor-GmbH eine Gesellschaftsform eigener Art ist, die sich schon nach dem Recht der zukünftigen GmbH beurteilt[8]. Dabei erhebt sich die Frage, ob sich die Vererblichkeit des Mitgliedschaftsverhältnisses auch schon nach § 15 oder dem Gesellschaftsvertrag der künftigen GmbH richtet, wenn letztere nicht gerade für das Vorstadium besondere Vorschriften enthält, oder ob auf jeden Fall besondere Vorschriften angewendet werden müssen. Die Anwendung des Rechts der GmbH hätte zur Folge, daß der Tod eines Gesellschafters auf den Bestand der Gesellschaft keinen Einfluß haben und einen Übergang des künftigen Geschäftsanteils und damit auch der Mitgliedschaft im Wege der Gesamtnachfolge ermöglichen würde.

Ein Grund, weshalb eine Vererblichkeit ebenso wie auch eine rechtsgeschäftliche Übertragung künftiger Geschäftsanteile ausgeschlosen sein sollte, ist nicht ersichtlich[9]. Allenfalls könnten sich gegen eine vor Eintragung der Gesellschaft entstehende Einmann-Gesellschaft Bedenken erheben[10]. Läßt man aber nach Eintragung der Gesellschaft die Bildung einer Einmann-Gesellschaft zu, dann muß es formalistisch erscheinen, die Eintragung der Gesellschaft von dem scheinbaren Vorhandensein einer Personenmehrheit abhängig zu machen. Gegen die Einmann-Gesellschaft als Rechtsform wird mit dieser Erschwerung ihre Bildung vor Eintragung ins Handelsregister keine wirksame Maßnahme getroffen. Es kann keine wesentliche Rolle spielen, ob die Übertragung des Geschäftsanteils bereits vor oder nach Eintragung der Gesellschaft erfolgt. Erst recht liegt kein Grund vor, gegen die Bildung einer Einmann-Gesellschaft als unzulässige Gesetzesumgehung einzuschreiten, wenn sich der Übergang des Geschäftsanteils auf den anderen Gesellschafter im Wege der Erbfolge vollzieht. Von diesem unbeabsichtigt eintretenden Umstand darf die Entstehung der GmbH nicht abhängig gemacht werden. Es ergibt sich damit, daß auch die Vererblichkeit des Geschäftsanteils bzw die der Mitgliedschaft einer Vor-GmbH bereits nach den Regeln der künftigen GmbH zu beurteilen ist[11].

[8] Feine 201; Paul 419; Ganßmüller 120.

[9] Vgl auch Schwing, Veräußerung des Geschäftsanteils einer GmbH vor deren Eintragung, Rechtspfleger 1948/49, 255.

[10] OLG Celle v 18. 10. 50 NdsRpfl 1950, 191 = BB 1950, 827 = JR 1953, 64 = RdGmbH 1951, 26 = NJW 1951, 847 lehnt Eintragung einer Vor-Einmann-GmbH ab, dagegen Siebert BB 1954, 419; Ballerstedt RdGmbH 1951, 27; Scholz NJW 1951, 847; s a DRspr II (220) 22a, 25b, 26a, b.

[11] Kastner 4; a A Feine 207: Mitgliederwechsel nicht nach §§ 15, 16 möglich, sondern nur durch einstimmige Abänderung der Satzung, so auch Hachenburg § 11 Anm 8; Ruth ZHR 1926, 524; vgl aber Feine 201 (s o Anm 8) u Brodmann § 15 Anm 1.

III. Bei der Einmann-Gesellschaft muß sich die Erbfolge in mancher Hinsicht entsprechend der Erbfolge in ein Einzelunternehmen regeln. Zwar genießt der Erbe als Einmann-Gesellschafter den Vorteil der beschränkten Haftung, da nur das Geschäftsvermögen nach § 13 II den Gläubigern haftet. § 27 HGB wird aber insoweit entsprechend anwendbar sein, als der Erblasser im Rahmen des Geschäftsbereichs der GmbH dem Unternehmen durch Aufnahme entsprechender Verpflichtungen nach § 3 II in den Gesellschaftsvertrag die Bedeutung des Einzelhandelsgeschäfts gegeben hat, z B wenn er sich als Gesellschafter einzelnen Gläubigern gegenüber zur persönlichen Leistung verpflichten muß oder Privatvermögen und Gesellschaftsvermögen vermischt oder eine Leistung nur der GmbH selbst möglich ist[12]. § 27 II HGB ist dann mit der Maßgabe entsprechend anwendbar, daß die GmbH entweder innerhalb der in dieser Vorschrift bestimmten Frist aufgelöst oder unter anderer Firma fortgeführt wird (§ 25 I HGB), oder der Erbe das Unternehmen durch Verkauf sämtlicher Geschäftsanteile veräußert und den Erwerber keine persönliche Haftpflicht nach §§ 26, 25 HGB trifft. Im Verhältnis zur Gesellschaft haftet der Erbe allerdings persönlich unbeschränkbar für die auf alle Geschäftsanteile zu bewirkenden Einlageleistungen[13], es sei denn, der Gesellschaftsvertrag bestimmt für den Fall des Todes des Einmann-Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft, so daß die Mitgliedschaft nicht vererbt wird. Veräußert der Erbe alle oder einzelne Geschäftsanteile, dann haftet er unbeschränkbar persönlich als Rechtsvorgänger (§§ 16 III, 22).

Mehrere Erben erhalten die bisher in der Hand des Erblassers vereinigten Geschäftsanteile zur gesamten Hand. Sie werden also gemeinschaftlich Einmann-Gesellschafter (§ 18 I)[14]. Als solcher können sie nur gemeinschaftlich handeln[15]. Der Umfang ihrer Haftung entspricht der des Alleinerben, allerdings mit der Abweichung, daß sie als Gesamtschuldner haften (§§ 421 ff BGB; 18 II).

Der Gesellschaftsvertrag kann bestimmen, daß nur ein Erbe die Gesellschaft als Einmann-Gesellschafter fortsetzen soll[16], und die letztwillige Verfügung kann anordnen, daß die übrigen Miterben den oder die Anteile an einen Miterben oder einen Vermächtnisnehmer abzutreten haben. Der Erblasser kann auch durch letztwillige Verfügung Anordnungen für den Betrieb des Unternehmens treffen, Vermächtnisse auswerfen, die Teilung der Ge-

[12] Vgl Siebert BB 1954, 418.

[13] s o § 14 ff.

[14] Scholz CR 1948, 50 nimmt offenbar Vervielfältigung der Gesellschafterstellung an, s o § 11 Anm 11.

[15] Scholz aaO.

[16] s o § 43; die dort gemachten Ausführungen gelten hier entspr.

schäftsanteile und die Abfindung regeln usw. Er ist in der Lage, durch eigenen Gesellschafterbeschluß eine seinen Wünschen entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages in Bezug auf die Erbfolge und die Fortführung des Unternehmens vorzunehmen. Er ist dabei in allem nur an die Struktur der GmbH und die allgemeinen Regeln des Erbrechts gebunden. Er kann also nicht eine Teilung entgegen den Vorschriften des § 5 I, III anordnen oder einem Pflichtteilsberechtigten den Vermögenswert der Gesellschaftsbeteiligung völlig entziehen. Beim Widerspruch zwischen Gesellschaftsvertrag und letztwilliger Verfügung ist das wirtschaftlich Gewollte durch Auslegung zu ermitteln. Bestimmt z B der Gesellschaftsvertrag die Auflösung der Gesellschaft im Falle des Todes des Gesellschafters, dann wären die Anordnungen der letztwilligen Verfügung, die auf einer Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses beruhen, insoweit gegenstandslos. Es bestünde allerdings die Möglichkeit, daß die letztwillige Verfügung so auszulegen ist, daß die Miterben oder der Alleinerbe die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft zu beschließen haben.

IV. Bei einer Doppelgesellschaft entsteht die Frage, ob und inwieweit Veränderungen im Bestand der mit der GmbH verbundenen anderen Gesellschaft sowie Veränderungen ihres Mitgliedschaftsgefüges, die durch Tod eines Gesellschafters und das Einrücken von Erben eintreten können, auf die GmbH von Einfluß sind.

1. In ihrem B e s t a n d muß die GmbH grundsätzlich vom Fortbestand der sie tragenden Grundgesellschaft als abhängig angesehen werden. Wird z B eine bG infolge Todes eines Gesellschafters aufgelöst, dann verfällt nicht nur dieses Gesellschaftsverhältnis der Auflösung und Abwicklung, sondern auch die GmbH. Wenn sie auch rechtlich ein selbständiges Unternehmen ist, so ist die Verknüpfung mit der Grundgesellschaft so stark, daß man auch ohne ausdrückliche Bestimmung im Gesellschaftsvertrage der GmbH aus der Natur des Doppelgesellschaftsverhältnisses und der darin der GmbH zufallenden abhängigen Rolle den Eintritt ihrer Auflösung annehmen kann. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn im Gesellschaftsvertrage der Grundgesellschaft oder dem der GmbH ausdrücklich vorgesehen ist, daß letztere fortbestehen soll, oder wenn die GmbH nicht nur e i n e Grundgesellschaft, sondern m e h r e r e hat und nur die Auflösung einer von ihnen vorliegt. Letzterenfalls könnte die GmbH noch ihre Aufgabe als Vertriebsgesellschaft der anderen Grundgesellschaft(en) erfüllen.

2. Im Mitgliedschafts g e f ü g e ist die GmbH jedoch nicht in einem derartig starken Maße von der Grundgesellschaft abhängig. Der Wegfall eines Mitglieds der Grundgesellschaft infolge Todes bei Fortsetzung der Grundgesellschaft im übrigen (§ 727 BGB) hat wohl auch den Verlust der Mitgliedschaft

bei der GmbH zur Folge[17]. Der Geschäftsanteil des betreffenden Mitglieds fällt aber nicht automatisch fort, sondern unterliegt dem Einziehungsverfahren nach § 34. Verfügte das betreffende Mitglied nicht über einen eigenen Geschäftsanteil, sondern war es an einer Mitgliedsgemeinschaft nach § 18 beteiligt, dann scheidet es mit dem Tode unter Anwachsung seines „Anteils" an die „Anteile" der übrigen Mitberechtigten des Geschäftsanteils aus der Mitgliedsgemeinschaft aus. Wird dagegen die Grundgesellschaft unter Einrücken mehrerer Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt, dann erhalten diese in der GmbH nicht automatisch die gleiche Gesellschafterstellung wie in der Grundgesellschaft. Ihre rechtliche Selbständigkeit in dieser kann sich wegen der im Interesse der Erhaltung des Stammkapitals geschaffenen starren Natur des Geschäftsanteils nicht in gleicher Weise auf die GmbH auswirken. Verfügt jeder der Miterben in der Grundgesellschaft unter automatischer Teilung des Kapitalanteils des Erblassers über einen eigenen Gesellschaftsanteil, so erhalten die Miterben bei der GmbH nur einen gemeinschaftlichen Geschäftsanteil nach § 18. Allenfalls kann jedem einzelnen Miterben ein Anspruch auf Einräumung eines entsprechenden Teil-Geschäftsanteils nach § 17 zustehen.

Scheidet ein Miterbe aus der Grundgesellschaft aus oder wird ihm in dieser die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt (§ 139 I HGB), dann ist ersteres auch für die Mitgliedschaft bei der GmbH von Einfluß. Der betreffende Miterbe scheidet unter Anwachsung seines „Anteils" am gemeinsamen Geschäftsanteil an die der übrigen Miterben oder unter Einziehung seines Teil-Geschäftsanteils aus der GmbH aus. Die Einräumung der Kommanditistenstellung kann sich auf seinen Gewinnanteil gemäß § 139 V HGB auswirken. In der GmbH ist der betreffende Miterbe ebenfalls nur als kapitalmäßig beteiligter Gesellschafter zu behandeln. Sonderleistungen, die die übrigen Miterben zu erfüllen haben, treffen ihn nicht[18].

3. Anders könnte es sein, wenn eine Doppelgesellschaft dadurch entstanden ist, daß neben der GmbH ein Sonderleistungsverhältnis in Form einer bG besteht, deren Mitgliedschaft vererblich sein soll. Ob dies der Fall ist, muß sich allerdings aus dem Gesellschaftsvertrage unmittelbar oder durch Auslegung einwandfrei ergeben können. Im Zweifel wird eher anzunehmen sein, daß die Sonderleistungs-Gesellschaft nach §§ 705 ff BGB durch Tod eines Gesellschafters der GmbH nicht aufgelöst werden, sondern zunächst unter

[17] OLG Hamburg BB 1953, 600 u BGHZ 16, 59 behandeln leider nur den Fall des Erlöschens der Mitgliedschaft bei der Grundgesellschaft (Zwangskartell-bG) u lassen sich über die Beendigung der Mitgliedschaft bei der Vertriebsgesellschaft (GmbH) nicht aus.

[18] s o § 24 III.

den übrigen Gesellschaftern weiterbestehen soll[19], so daß die Erben des Geschäftsanteils nicht auch in die Sonderleistungsrechte und -pflichten eintreten. Ist aber eine unmittelbare Verpflichtung des Erben beabsichtigt, dann wird man ihm ein Ablehnungsrecht zugestehen müssen[20]. Mehrere Erben erhalten unabhängig von ihrer gemeinschaftlichen Mitgliedschaft bei der GmbH eine geteilte, selbständige Mitgliedschaft bei der Sonderleistungs-Gesellschaft, so daß sich die Sonderleistungspflichten und auch u U Sonderrechte hier ausnahmsweise vervielfältigen[21]. Aber auch in einem solchen Falle steht jedem einzelnen Miterben ein Ablehnungsrecht zu. Dieses braucht sich aber im Unterschied zu den mit dem Geschäftsanteil nach § 3 II verbundenen Sonderpflichten auf die Mitgliedschaft bei der GmbH nicht in der Weise auswirken, daß der Erbe die Mitgliedsgemeinschaft verlassen muß, da das Sonderleistungsverhältnis gegenüber dem Geschäftsanteil verselbständigt ist. Etwas anderes gilt nur, wenn es der Gesellschaftsvertrag bestimmt.

V. Bei der GmbH & Co ohne Personengleichheit zwischen den Gesellschaftern der GmbH und den übrigen Gesellschaftern der GmbH & Co trifft die Auflösung derselben infolge Todes eines der übrigen Gesellschafter die GmbH grundsätzlich nicht, es sei denn, daß es im Gesellschaftsvertrage der GmbH nach § 60 II als Auflösungsgrund vorgesehen ist. Auch der Wechsel im Mitgliedsbestande unter den übrigen Gesellschaftern durch Einrücken von Erben anstelle eines verstorbenen Gesellschafters berührt das Mitgliedsverhältnis bei der GmbH nicht.

Anders ist die Lage aber bei Personengleichheit. Hier wird eine Abhängigkeit der GmbH in Bezug auf Fortbestand und Mitgliedschaft von den Verhältnissen bei der GmbH & Co ähnlich wie bei der Doppelgesellschaft im Zweifel gewollt sein. Durch Tod eines Gesellschafters wird also nicht nur die GmbH & Co, sondern auch die GmbH aufgelöst. Der Wechsel im Mitgliedsbestande vollzieht sich entsprechend den Grundsätzen der Doppelgesellschaft. Es sind also die strukturellen Besonderheiten der GmbH (gemeinschaftlicher Geschäftsanteil, Teilung nach § 17 usw) gegenüber den Verhältnissen der Personalgesellschaft zu beachten.

3. Ergebnis

§ 59

Somit ist auch bei den Sonderformen die Struktur der GmbH gegenüber den von außen kommenden Einflüssen zu beachten. Bei einer Kollision zwischen dem Gesellschaftsrecht der GmbH und dem einer mit ihr ver-

[19] Der Tod eines Gesellschafters kann hier u U auch als Grund für die Auflösung der GmbH nach § 60 II bestimmt sein, da das auf dem persönlichen Vertrauen der Gesellschafter aufgebaute Sonderleistungs-Gesellschaftsverhältnis durch den Tod eines seiner Mitglieder die Grundlage verloren hat.

[20] Palandt - Gramm § 727 Anm 1.

[21] s o §§ 24 I; 26.

bundenen Personalgesellschaft hat das der GmbH den Vorrang, da deren Kapitalgrundlage im Interesse der Gesellschaftsgläubiger in keinem Fall erschüttert werden darf. Auf der anderen Seite gestattet aber die Struktur der GmbH wie kaum diejenige einer anderen Gesellschaftsform eine Anpassung an die jeweiligen besonderen Verhältnisse.

I. Nachdem nun auch die durch den Einfluß der letztwilligen Verfügung und die durch besondere Formen der GmbH bedingten Fragen des Verhältnisses von Gesellschaftsrecht und Erbrecht erörtert worden sind, ist der Kreis der mit dem gestellten Thema im Zusammenhang stehenden Probleme geschlossen. Wenn auch nicht alle Einzelheiten behandelt werden konnten, so lag dies bei der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse auch kaum im Rahmen des Möglichen. Es konnte daher nur eine grundsätzliche Klärung des Ineinandergreifens von Individual- und Gemeinschaftsrecht auf dem durch die Aufgabenstellung umrissenen gesellschaftsrechtlichen Gebiet versucht werden. Damit sind wir wieder auf den Ausgangspunkt der Einleitung zurückgekommen. Wir haben erkannt, welche Folgerungen sich daraus ergeben, daß einerseits die GmbH eine eigenartige Mittelstellung zwischen Personal- und Kapitalgesellschaften einnimmt, die sich in der Natur des Mitgliedschaftsverhältnisses widerspiegelt, und daß sich andererseits aus der Erbfolge in ein Rechtsverhältnis, wie es die Mitgliedschaft darstellt, eine eigenartige erbrechtliche und gesellschaftsrechtliche Situation ergibt.

II. Zusammenfassend lassen sich die folgenden Thesen aufstellen:

A. Allgemein-gesellschaftsrechtlich

1. a) Die Mitgliedschaft ist ein personenrechtliches Rechtsverhältnis, das nicht nur die gesellschaftlichen Verwaltungsrechte und -pflichten, sondern auch den Anteil am Gesellschaftsvermögen umfaßt.
   b) Davon zu unterscheiden ist der Geld-, Kapital- oder Vermögenswert der Mitgliedschaft, der sich in den übertragbaren Gesellschafterrechten nach § 717 Satz 2 BGB (Anspruch auf Gewinn und Auseinandersetzungsguthaben) aber auch in dem Verkaufswert der Mitgliedschaft im ganzen sowie in den vermögensrechtlichen Leistungspflichten äußert (sog Außenwirkung der Mitgliedschaft).
   c) Der Begriff Gesellschaftsanteil oder Geschäftsanteil bedeutet je nach dem Zusammenhang seiner Verwendung einmal die Mitgliedschaft im ganzen (1a) oder auch nur ihre Erscheinungsform als Vermögenswert mit den darauf ruhenden Lasten (1b).
2. a) Der Vermögenswert der Mitgliedschaft gehört zum Nachlaß und vererbt sich wie ein Vermögensrecht nach §§ 1922 ff BGB.
   b) Die Mitgliedschaft als personenrechtliches Rechtsverhältnis (These 1a) gehört nicht zum Vermögen und somit auch nicht zum Nachlaß; sie vererbt sich zwar wie die übrige Erbschaft im Wege der Gesamtnachfolge, aber nur soweit eine außerhalb des 5. Buches des BGB bestehende Sondernorm die Vererbung ausspricht oder zuläßt.

c) Dem Erwerb der Mitgliedschaft durch Erbfolge kann sich der Erbe nur durch Ausschlagung der Erbschaft im ganzen entziehen.

3. Ist die Mitgliedschaft auf den Erben übergegangen, dann beurteilt sich seine Haftung für die mitgliedschaftlichen Leistungen nicht nach den §§ 1967 ff BGB, sondern der Erbe haftet in seiner Eigenschaft als Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft und bei Personalgesellschaften auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern persönlich und unbeschränkbar; daneben haftet der Nachlaß für die vor dem Erbfall begründeten gesellschaftlichen Verbindlichkeiten (Nachlaßerbenschuld).
4. Erlegt die Mitgliedschaft dem Erben Verpflichtungen in unbeschränktem Maße auf, dann muß jedem Erben (auch dem Nacherben) in Anwendung des Rechtsgedankens aus § 139 HGB ein Recht auf Lösung aus dem Mitgliedschaftsverhältnis unter Erhaltung der Erbschaft im übrigen zustehen, wenn die Gesellschaft nicht auf die unbeschränkte Verpflichtung verzichtet.
5. Geht die Mitgliedschaft nicht auf den Erben über, ist die Lage folgende:
   a) Mitgliedschaftsrechte übt der Erbe u U für den Erblasser bis zur endgültigen Abwicklung aus; für vermögensrechtliche Pflichten kann der Erbe seine Haftung auf den Nachlaß beschränken. Daneben können den Erben anläßlich des Todes des Erblassers als Gesellschafter noch besondere Pflichten treffen, denen er sich durch Haftungsbeschränkung nicht entziehen kann (z B Anzeigepflichten, Fortführung unaufschiebbarer Geschäfte usw).
   b) Vermögensrechtlich bleibt dem Erben der Vermögenswert der Beteiligung des Erblassers erhalten und kann ihm auch durch Gesellschaftsvertrag nicht über den Pflichtteil hinaus entzogen werden.
6. Die Wirksamkeit der Bestimmungen der letztwilligen Verfügung in Bezug auf das Mitgliedschaftsverhältnis sowie ihre Auslegung steht unter dem Vorbehalt des Gesellschaftsrechts; Nachlaß- und Mitgliedschaftsphäre sind getrennt zu beurteilen.
7. Der Vermögenswert der Beteiligung unterliegt als Nachlaßgegenstand nicht nur den Bestimmungen der letztwilligen Verfügung, sondern auch anderen erbrechtlichen Maßnahmen (Testamentsvollstreckung, Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs) sowie der Erbschaftssteuer.
8. Der unmittelbare Übergang der Mitgliedschaft auf einen Nichterben durch Vertrag unter Lebenden auf den Todesfall des Gesellschafters ist nicht möglich.

B. Im besonderen für die GmbH

9. a) Der Geschäftsanteil ist die Bezeichnung für das Mitgliedschaftsverhältnis bei der GmbH, zugleich aber auch der Ausdruck für ein verfügbares Vermögensrecht (These 1 c).

   b) Daneben hat der Geschäftsanteil wegen der ausschließlichen Haftung des Gesellschaftsvermögens der GmbH gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auch die Aufgabe, das Stammkapital der GmbH im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zu erhalten. Aus diesem Grunde kann der Geschäftsanteil nur durch ein förmliches Verfahren, die Einziehung (§ 34), verschwinden.

   c) Im übrigen unterliegt der Gesellschaftsanteil als Mitgliedschaftsverhältnis der freien Gestaltung durch Gesellschaftsvertrag (§§ 3 II, 45 I) und als Vermögensrecht in weitgehendem Maße der eigenen Bestimmung des Gesellschafters.

10. a) Mehrere Erben erhalten die Mitgliedschaft in Form des Geschäftsanteils gemeinschaftlich, jedoch mit der Möglichkeit der Teilung (§ 17) unanbhängig von einer Erbauseinandersetzung.

    b) Bis zur Durchführung einer Teilung nach § 17 besteht unter den zum Gesellschafter der GmbH gewordenen Miterben unabhängig von einer Erbauseinandersetzung eine Mitgliedsgemeinschaft als besondere Art einer Gemeinschaft zur gesamten Hand (§ 18).

    c) Ein gesellschaftsrechtlicher Grundsatz der Einzelmitgliedschaft besteht für Kapitalgesellschaften nicht.

11. Die Vererblichkeit des Geschäftsanteils in seiner Sicherungsfunktion (These 9b) kann durch eine im Gesellschaftsvertrag bestimmte Einziehung beim Tode des Gesellschafters nicht ausgeschlossen werden. Diese Sicherungsfunktion hat aber mit der Bedeutung des Geschäftsanteils als Mitgliedschaftsverhältnis nichts zu tun.

12. a) Daher besteht kein rechtlicher Hinderungsgrund, die Vererblichkeit der Mitgliedschaft den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zu unterwerfen.

    b) Dieser kann die Vererblichkeit

       aa) ausschließen, indem die Gesellschaft bei Tod des Gesellschafters entweder aufgelöst wird oder die Einziehung des Geschäftsanteils durchgeführt oder auf Grund einer gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung nach § 3 II der Geschäftsanteil vom Erben an die Gesellschaft oder einen Dritten abgetreten wird,

bb) einschränken (auf einen von mehreren Miterben),

cc) genehmigen.

c) Der Geschäftsanteil kann also auf die Erben übergehen, ohne daß diese damit notwendig die Mitgliedschaft erhalten, wenn der Gesellschaftsvertrag entgegensteht.

13. Geht die Mitgliedschaft nicht auf den Erben über, dann erhält er den Geschäftsanteil lediglich als Nachlaßgegenstand mit dem Recht, ihn bis zu seiner Einziehung zu verwalten, sowie mit der Pflicht, ihn für den Erblasser auf die Gesellschaft oder einen Dritten, regelmäßig gegen Entgelt, zu übertragen (These 5). Auch die Einziehung des Geschäftsanteils hat regelmäßig entgeltlich zu erfolgen.

14. Bei Ausschluß der Vererbung der Mitgliedschaft beurteilt sich die Stellung des ausgeschlossenen Erben nur nach allgemein-erbrechtlichen Gesichtspunkten, insbesondere kann er seine Haftung abweichend von These 3 auf den Nachlaß beschränken (These 5).

15. a) Bei einer Sonderleistungs-GmbH oder bei unbeschränkter Nachschußpflicht steht jedem Erben entsprechend These 4 ein Recht auf Ablehnung der ererbten Mitgliedschaft zu.

b) Das selbständige Ablehnungsrecht jedes Erben wird durch die gemeinschaftliche Mitgliedschaft (These 10) nicht ausgeschlossen und entsprechend § 723 BGB gegenüber der Mitgliedsgemeinschaft ausgeübt.

c) Die Mitgliedsgemeinschaft wird durch das Ausscheiden eines Miterben nicht notwendig aufgelöst; der Anteil des Ausgeschiedenen wächst dem oder den übrigen Miterben an. Das gilt auch, wenn sich die Erben in einer Weise auseinandersetzen, daß einer von ihnen den Geschäftsanteil behält.

d) Die Rechtsänderung ist bei der GmbH entsprechend § 16 anzumelden.

16. Sonderformen der GmbH (Vorgründungsgesellschaft, Vor-GmbH, Einmanngesellschaft, Doppelgesellschaft und GmbH & Co) beurteilen sich bei der Erbfolge grundsätzlich nach dem Zweck des Sonderverhältnisses; jedoch ist die Struktur der GmbH in jedem Fall zu berücksichtigen.

Lebenslauf

Am 5. September 1921 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Wilhelm Töteberg und seiner Ehefrau Marie, geb. Beerboom, in Hannover geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Die Schule besuchte ich in Leipzig, wo ich Ostern 1940 an der Petrischule die Reifeprüfung ablegte. Im Sommer des gleichen Jahres begann ich an der Universität Leipzig mein rechtswissenschaftliches Studium, das ich Anfang 1941 infolge Einberufung zum Wehrdienst unterbrechen mußte. Nach Kriegsende studierte ich von 1945 bis 1948 an der Universität Göttingen. Den juristischen Vorbereitungsdienst leistete ich im Bezirk des Oberlandesgerichts Celle, bei dem ich im Januar 1949 die erste juristische Staatsprüfung abgelegt hatte. Nach Bestehen der großen juristischen Staatsprüfung beim Niedersächsischen Prüfungsamt in Hannover Ende des Jahres 1952 widmete ich mich zunächst der Ausarbeitung meiner Dissertation, deren Anregung ich Herrn Professor Dr. Siebert verdanke. Ich betätigte mich sodann im anwaltlichen Beruf und bin zur Zeit bei einem größeren Industrieunternehmen in Hannover tätig.